



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 13/PUU-XVI/2018**

**PERIHAL
PENGUJIAN UNDANG-UNDANG NOMOR 24 TAHUN 2000
TENTANG PERJANJIAN INTERNASIONAL
TERHADAP UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA
REPUBLIK INDONESIA TAHUN 1945**

**ACARA
MENDENGARKAN KETERANGAN DPR DAN AHLI
PRESIDEN
(VII)**

J A K A R T A

SENIN, 25 JUNI 2018



**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

**RISALAH SIDANG
PERKARA NOMOR 13/PUU-XVI/2018**

PERIHAL

Pengujian Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional [Pasal 2, Pasal 9 ayat (2) sepanjang frasa *dilakukan dengan undang-undang atau keputusan presiden*, Pasal 10, dan Pasal 11 ayat (1)] terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

PEMOHON

1. Indonesia for Global Justice (IGJ)
2. Indonesia Human Rights Committee for Social Justice (IHCS)
3. Serikat Petani Indonesia (SPI)
4. Yayasan Bina Desa Sadajiwa (Bina Desa)
5. Aliansi Petani Indonesia (API)
6. Solidaritas Perempuan (SP)
7. Perkumpulan Koalisi Rakyat untuk Keadilan Perikanan (KIARA)
8. Farmer Initiatives for Ecological Livelihood and Democracy (FIELD)
9. Serikat Petani Kelapa Sawit (SPKS)
10. Amin Abdullah
11. Mukmin
12. Fauziah
13. Baiq Farihun
14. Budiman

ACARA

Mendengarkan Keterangan DPR dan Ahli Presiden (VII)

**Senin, 25 Juni 2018, Pukul 11.16 – 14.07 WIB
Ruang Sidang Gedung Mahkamah Konstitusi RI,
JI. Medan Merdeka Barat No. 6, Jakarta Pusat**

SUSUNAN PERSIDANGAN

- | | |
|-------------------------|-----------|
| 1) Anwar Usman | (Ketua) |
| 2) Aswanto | (Anggota) |
| 3) Arief Hidayat | (Anggota) |
| 4) I Dewa Gede Palguna | (Anggota) |
| 5) Manahan MP Sitompul | (Anggota) |
| 6) Maria Farida Indrati | (Anggota) |
| 7) Saldi Isra | (Anggota) |
| 8) Suhartoyo | (Anggota) |
| 9) Wahiduddin Adams | (Anggota) |

Dian Chusnul Chatimah

Panitera Pengganti

Pihak yang Hadir:

A. Pemohon:

1. Rachmi Hertanti (Indonesian for Global Justice)
2. Aditya

B. Kuasa Hukum Pemohon:

1. Ibrahim Sumantri

C. Ahli dari Presiden:

1. Bagir Manan
2. Hikmahanto Juwana

D. Pemerintah:

1. Damos Dumoli Agusman (Kementerian Luar Negeri)
2. Okto Dominus Manik (Kementerian Luar Negeri)
3. Sulaiman Syarif (Kementerian Luar Negeri)
4. Syanda Guruh L. Samudera (Kementerian Luar Negeri)
5. Ninik Hariwanti (Kementerian Hukum dan HAM)
6. Purwoko (Kementerian Hukum dan HAM)
7. Surdiyanto (Kementerian Hukum dan HAM)
8. Wahyu Jaya (Kementerian Hukum dan HAM)

SIDANG DIBUKA PUKUL 11.16 WIB

1. KETUA: ANWAR USMAN

Sidang Perkara Nomor 13/PUU-XVI/2018 dibuka dan dinyatakan terbuka untuk umum.

KETUK PALU 3X

Assalamualaikum wr. wb. Selamat pagi, om swastiastu. Pemohon, dipersilakan memperkenalkan diri! Siapa yang hadir?

2. KUASA HUKUM PEMOHON: IBRAHIM SUMANTRI

Terima kasih, Yang Mulia. Assalamualaikum wr. wb. Selamat pagi. Dari Pemohon, hadir saya, Ibrahim Sumantri selaku kuasa hukum. Selanjutnya, ada Prinsipal Pemohon, Ibu Rachmi dari IGJ, dan Pak (...)

3. PEMOHON: ADITYA

Saya Aditya dari Pemohon.

4. KUASA HUKUM PEMOHON: IBRAHIM SUMANTRI

Terima kasih, Yang Mulia.

5. KETUA: ANWAR USMAN

Baik, dari DPR ada surat berhalangan hadir karena ada kegiatan rapat ya, tidak bisa ditinggalkan. Dari Kuasa Presiden, silakan! Siapa yang hadir?

6. PEMERINTAH: NINIK HARIWANTI

Baik, Yang Mulia, terima kasih. Pertama-tama masih dalam bulan Syawal, kami, Pemerintah, menghaturkan selamat Idul Fitri 1439, mohon maaf lahir dan batin.

7. KETUA: ANWAR USMAN

Ya.

8. PEMERINTAH: NINIK HARIWANTI

Manakala ada kekhilafan. Selanjutnya, pemerintah hadir dari Kementerian Luar Negeri. Sebelah kiri saya:

1. Dr. Iur Damos Dumoli Agusman, S.H., M.A., Direktur Jenderal Hukum dan Perjanjian Internasional
2. Bapak Sulaiman Syarif, Sekretaris Jenderal Hukum dan Perjanjian Internasional
3. Bapak Okto D. Manik, Kepala Biro Hukum dan Administrasi Kementerian ... Administrasi Kementerian dan Perwakilan. Kemudian,
4. Pak Syahda Guruh L. Samudera, Kasubdit Perjanjian Internasional dan Perdagangan.

Dari Kementerian Hukum dan HAM saya sendiri, Ninik Hariwanti. Sebelah kanan, Pak Purwoko, Pak Surdiyanto, dan Pak Jaya. Demikian, Yang Mulia, terima kasih.

9. KETUA: ANWAR USMAN

Baik. Sesuai berita acara sidang yang lalu bahwa pihak Pemerintah akan mengajukan 4 orang ahli, ya? Dua tertulis dan dua yang hadir di persidangan.

10. HAKIM ANGGOTA: WAHIDUDDIN ADAMS

Ya, baik, Yang Mulia. Kami menghadirkan ahli, dua, kami hadirkan. Sudah hadir di sini, Profesor Bagir Manan, Guru Besar Fakultas Hukum UNPAD dan Profesor Hikmahanto Juwana, Guru Besar Fakultas Hukum UI. Dan keterangan tertulis disampaikan oleh ahli Dr. Eddy Pratomo dan dua, Abdulkadir Jailani. Demikian, Yang Mulia.

11. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, baik. Mohon Prof. Bagir Manan bersama Prof. Hikmahanto dipersilakan ke depan untuk diambil sumpahnya. Mohon Yang Mulia Pak Wahiduddin untuk menuntun.

12. HAKIM ANGGOTA: WAHIDUDDIN ADAMS

Kepada Ahli Prof. Bagir Manan dan Prof. Hikmahanto untuk mengikuti lafal yang saya tuntunkan.

"Bismillahirrahmaanirrahiim, demi Allah, saya bersumpah sebagai ahli akan memberikan keterangan yang sebenarnya, sesuai dengan keahlian saya."

13. AHLI BERAGAMA ISLAM: BAGIR MANAN, HIKMAHANTO JUWANA

Bismillahirrahmaanirrahiim, demi Allah, saya bersumpah sebagai ahli akan memberikan keterangan yang sebenarnya, sesuai dengan keahlian saya.

14. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, terima kasih, mohon kembali ke tempatnya. Siapa terlebih dahulu?

15. PEMERINTAH: NINIK HARIWANTI

Yang pertama Prof. Bagir Manan.

16. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, mari, Prof, di podium. Silakan! Di situ bisa, mungkin waktu sekitar 15 menit, Prof, nanti dilanjutkan dengan tanya jawab. Silakan, Prof!

17. AHLI DARI PIHAK PEMERINTAH: BAGIR MANAN

Yang Mulia Ketua dan Anggota Majelis Mahkamah Konstitusi, terlebih dahulu saya mengucapkan terima kasih diberi kesempatan berdiri di hadapan Yang Mulia Ketua dan Anggota Majelis Mahkamah Konstitusi untuk menyampaikan catatan sebagai keterangan ahli dalam permohonan pengujian secara materiil beberapa pasal yang dimuat dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional yang menurut Para Pemohon pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

Menurut Para Pemohon, pasal tersebut tidak hanya sekadar bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945, tapi merugikan hak-hak konstitusional Para Pemohon yang dijamin dan dilindungi Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Pasal-pasal tersebut adalah Pasal 2, Pasal 9 ayat (2), Pasal 10, dan Pasal 11.

Yang Mulia Ketua dan Anggota Majelis Mahkamah Konstitusi, sebelum secara khusus menyampaikan beberapa catatan atas pasal-pasal yang menurut Para Pemohon bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dan merugikan hak-hak konstitusional Pemohon, izinkan saya terlebih dahulu menyampaikan beberapa catatan pendahuluan yang relevan. Dan karena itu, perlu dipertimbangkan oleh Majelis dalam memutus permohonan perkara Pemohon.

Pertama, tentang status hubungan internasional suatu negara. Telah lama diketahui dan diajarkan, baik dalam ilmu negara umum, ilmu hukum, maupun ilmu politik bahwa salah satu ciri negara adalah melakukan hubungan keluar. Ciri ini ditambah beberapa syarat lain yang secara hukum mendudukan negara sebagai subjek hukum internasional. Ciri ini secara inheren memungkinkan suatu satuan kenegaraan meskipun masih di bawah kekuasaan negara lain atau subjek hukum internasional lain menjadi pihak dalam hubungan internasional seperti kita di masa Hindia Belanda. Hak melakukan hubungan internasional ini, secara doktrin dipandang sebagai ciri memiliki kedaulatan. Karena itu dalam pelajaran, secara akademik ada juga yang menyebutkan hubungan internasional merupakan ciri, atau tanda kedaulatan, atau kedaulatan keluar.

Kedua. Kedaulatan keluar dalam perspektif pemisahan atau pembagian kekuasaan, khususnya dalam perspektif kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif, baik secara historis, konstitusional, maupun praktik, kekuasaan hubungan luar negeri secara asasi adalah the original power yang ada di tangan pemegang kekuasaan eksekutif c.q. kepala negara.

Hakim Agung Amerika Serikat Sutherland dalam suatu putusan yang diterima secara aklamasi oleh seluruh anggota majelis mengatakan, "The President alone has the power to speak or listen as a representative of the nation. As Marshall said in his great argument of March 7, 1800 in the house of representatives, 'The President is the sole organ of the nation in its external relations and the sole representative with foreign nations.'"

Demikian pula Blackstone dari Inggris yang terkenal itu dalam commentaries mengatakan, "What is done by royal authority with foreign power is the act of whole nation."

Original power menunjukkan semua inisiatif untuk menciptakan, memasuki, turut serta, atau keluar dari suatu hubungan internasional semata-mata berasal dari keputusan pemegang kekuasaan eksekutif, seperti membuka, tidak membuka, atau mengakhiri hubungan diplomatik semata-mata ditentukan oleh inisiatif kekuasaan eksekutif. Begitu pula keputusan membuat, turut serta, atau mengundurkan diri dari suatu perjanjian internasional (treaties atau executive agreements) semata-mata atas inisiatif pemegang kekuasaan eksekutif. Demikian pula war power apabila ... apalagi dikaitkan dengan commander in-chief sepenuhnya ada pada kekuasaan eksekutif.

Pertanyaannya, bagaimana halnya ... hal-hal tersebut jika dikaitkan dengan Pasal 11 undang-undang ... ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 yang menyebutkan, "Presiden dengan persetujuan Dewan perwakilan rakyat menyatakan perang, membuat perdamaian, dan perjanjian dengan negara lain."

Khusus untuk perjanjian internasional, lebih dirinci dalam Pasal 11 ayat (2), "Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan Dewan perwakilan rakyat."

Secara a contrario, ketentuan Pasal 11 ayat (2) menunjukkan, "Presiden mempunyai kekuasaan membuat perjanjian internasional yang tidak menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara dan tidak mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang."

Perjanjian internasional yang dibuat presiden tanpa memerlukan persetujuan Dewan perwakilan rakyat itu, lazim disebut executive agreement.

Dengan rumusan yang dimulai dengan kata-kata *presiden*, dalam hal ini presiden persetujuan DPR, dan dimungkinkannya presiden membuat perjanjian internasional yang tidak memerlukan persetujuan Dewan perwakilan rakyat merupakan pengakuan konstitusional bahwa presiden (eksekutif) merupakan pemegang dan pelaksana utama dalam membuat perjanjian internasional atau hubungan internasional pada umumnya. Kalau demikian, apa fungsi persetujuan Dewan perwakilan rakyat?

Meskipun persetujuan Dewan perwakilan rakyat untuk perjanjian internasional tertentu, khususnya yang diatur Pasal 11 ayat (2) merupakan suatu kemestian, tidaklah menunjukkan Dewan perwakilan rakyat memegang kekuasaan legislatif dalam perjanjian internasional. Persetujuan Dewan perwakilan rakyat hanya sebagai bentuk checks and balances. Hal ini ditunjukkan bahwa tidak semua hak-hak Dewan perwakilan rakyat sebagai kekuasaan legislatif melekat dalam membuat perjanjian internasional. Dewan perwakilan rakyat tidak memiliki hak-hak paling utama sebagai kekuasaan legislatif seperti hak inisiatif dan hak amandemen dalam perjanjian internasional.

Bagaimana dengan bentuk undang-undang terhadap perjanjian internasional yang memerlukan persetujuan Dewan perwakilan rakyat? Memberi bentuk undang-undang perjanjian internasional yang disetujui Dewan perwakilan rakyat semata-mata tumbuh berdasarkan praktik ketatanegaraan kita sendiri. Pasal 11 Tahun 1945 sama sekali tidak menyebut undang-undang sebagai bentuk Hukum Perjanjian Internasional yang disetujui DPR di negara-negara lain seperti dalam lingkungan Uni Eropa, perjanjian internasional secara hierarki ditempatkan di atas undang-undang dasar.

Di Amerika Serikat, perjanjian internasional memang secara konstitusional digolongkan sebagai the supreme law of the land, tetapi berdasarkan prinsip tidak boleh ada ketentuan, keputusan, atau tindakan bertentangan dengan undang-undang dasar, Mahkamah Agung Amerika

menetapkan bahwa perjanjian internasional itu sa ... sederajat dengan undang-undang.

Ketiga, karakteristik Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional ditinjau ... ditinjau dari segi penggolongan undang-undang.

Salah satu pelajaran baku dalam ilmu hukum adalah membedakan antara undang-undang formal (*formele wet*) dan undang-undang materiil (*materiële wet*). Selain itu, dikenal pula perbedaan antara undang-undang dalam arti formal (*wet in formele zin*) dan undang-undang dalam arti materiil. Membedakan antara undang-undang formal dengan undang-undang materiil, penting. Terutama dalam *judicial review* sebagai salah satu cara menentukan ada atau tidaknya *legal standing* atau *standing*.

Keterangan di bawah ini dibantahi pada undang-undang formal dan undang-undang materiil. Undang-undang formal adalah undang-undang dalam arti formal yang tidak mengikat umum. Artinya suatu undang-undang, tapi tidak melahirkan hak dan kewajiban pada perorangan. Sebaliknya, undang-undang materiil adalah undang-undang dalam arti formal yang mengikat umum. Artinya, menimbulkan hak dan kewajiban pada perorangan. Yang lazim dijadikan contoh undang-undang formal, misalnya Undang-Undang APBN.

Bagaimana dengan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional? Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian internas ... Internasional secara substantif hanya mengatur tata cara membuat, memasuki, atau turut serta dalam perjanjian internasional, baik perjanjian bilateral atau multilateral. Tata cara ini lebih dibatasi, yaitu hanya mengatur hak dan kewajiban presiden dan dewan perwakilan rakyat ketika membuat, memasuki, atau turut serta dalam perjanjian internasional.

Hak dan kewajiban itu pun hanya berlaku pada saat ada aktivitas atau proses membuat, memasuki, atau turut serta dalam perjanjian internasional. Selama tidak ada aktivitas atau proses membuat, memasuki, atau turut serta dalam perjanjian internasional, hak dan kewajiban ini tidak berlaku. Dengan ungkapan yang sederhana, "Ketentuan-ketentuan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional mengatur seandainya (*as if*) ada aktivitas proses membuat, memasuki, atau turut serta dalam perjanjian internasional."

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 bukanlah undang-undang yang mengikat umum atau mengikat perorangan, bukan undang-undang materiil.

Yang Mulia Ketua dan Anggota Majelis, selanjutnya izinkan saya menyampaikan keterangan mengenai pasal-pasal dalam Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 yang menurut Pemohon bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

Pasal 2, "Menteri memberikan pertimbangan politis dan mengambil langkah-langkah yang diperlukan dalam pembuatan dan pengesahan perjanjian internasional dengan berkonsultasi dengan Dewan perwakilan rakyat dalam hal yang menyangkut kepentingan publik."

Menurut Pemohon, ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 bertentangan dengan Pasal 11 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 karena mengganti frasa *dengan persetujuan DPR* dengan frasa *berkonsultasi dengan DPR dalam hal yang menyangkut kepentingan publik*. Persoalan hukumnya, yaitu antara kata *berkonsultasi* dengan kata *persetujuan*.

Pasal 11 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 menggunakan ungkapan "Presiden dengan persetujuan Dewan perwakilan rakyat."

Pasal 4 ayat 1 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 menyatakan, "Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar Tahun 1945."

Presiden adalah the real executive dan merupakan the single executive dalam sistem kita. Presidenlah yang mempunyai hubungan checks and balances dengan dewan perwakilan rakyat. Karena itu, persetujuan dewan perwakilan rakyat menunjukkan hubungan checks and balances dengan presiden, bukan dengan menteri.

Dalam hal persetujuan dewan perwakilan ... persetujuan dewan perwakilan rakyat terhadap perjanjian internasional bukan hanya mengandung makna presiden diperbolehkan mengesahkan menjadi undang-undang, tetapi presiden diperbolehkan melakukan ratifikasi sebagai bukti bagi negara atau negara-negara peserta lain bahwa Indonesia mengikatkan diri pada perjanjian internasional tersebut.

Menteri pada Undang-Undang Dasar Tahun 1945 adalah pembantu presiden. Menteri bekerja untuk presiden. Menteri tidak dalam hubungan checks and balances dengan dewan perwakilan rakyat. Hubungan menteri dengan dewan perwakilan rakyat hanya bersifat konsultatif, bukan untuk memperoleh persetujuan. Hanya presiden yang memperoleh atau tidak memperoleh persetujuan dewan perwakilan rakyat. Hasil konsultasi akan dilaporkan pada presiden sebagai pemegang kekuasaan membuat, memasuki, atau turut serta dalam perjanjian internasional. Presidenlah yang akan menentukan atau memutuskan pengajuan naskah perjanjian internasional untuk memperoleh persetujuan dewan perwakilan rakyat.

Pasal 9 ayat (2), "Pengesahan perjanjian internasional sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dengan undang-undang atau keputusan presiden."

Menurut Pemohon, frasa *pengesahan dilakukan dengan undang-undang* mengandung makna hanya melibatkan dewan perwakilan rakyat. Menurut ketentuan tentang peraturan perundang-undangan, wewenang mengesahkan RUU yang telah disetujui dewan perwakilan rakyat berada

di tangan presiden untuk menjadi undang-undang. Selanjutnya, undang-undang yang telah disahkan tersebut dimuat dalam lembaran negara untuk diketahui umum. Dengan perkataan lain, pengesahan merupakan syarat RUU yang telah disetujui dewan perwakilan rakyat untuk menjadi undang-undang. Demikian pula pengesahan oleh presiden atas perjanjian internasional yang telah disetujui dewan perwakilan rakyat menjadi syarat perjanjian internasional menjadi undang-undang. Tentu saja presiden hanya mengesahkan perjanjian internasional menjadi undang-undang setelah mendapat persetujuan dewan perwakilan rakyat.

Pasal 10. Pengesahan perjanjian internasional dilakukan dengan undang-undang apabila berkenaan dengan macam-macam. Menurut Pemohon, pada pokoknya ketentuan Pasal 10 merupakan pembatasan terhadap perjanjian internasional yang disahkan dengan undang-undang atau memerlukan persetujuan dewan perwakilan rakyat. Memang benar, secara gramatikal ketentuan tersebut dapat diartikan sebagai pembatasan perjanjian internasional yang disahkan dengan undang-undang atau memerlukan persetujuan ... persetujuan dewan perwakilan rakyat. Benar pula pendapat Pemohon bahwa masih didapati berbagai objek perjanjian internasional lain yang misalnya akan berakibat pada beban anggaran negara, atau menimbulkan kewajiban-kewajiban lainnya, atau mempunyai dampak politik dan lain-lain. Tetapi perlu dipertimbangkan aspek-aspek berikut.

Pertama, suatu ketentuan hukum tidak hanya diberi makna secara gramatikal. Hukum itu bukan sekadar bunyi, tapi suatu pengertian, suatu begrippen, atau concept. Kita mengenal berbagai pendekatan untuk memberikan pengertian atau makna yang tepat suatu kaidah melalui penafsiran, konstruksi, analogi, dan lain-lain. Penafsiran suatu kaidah hukum tidak hanya secara gramatikal, tapi dapat juga menggunakan misalnya, contemporary interpretation atau penafsiran sosiologis agar suatu kaidah hukum tetap merupakan the living norms yang sesuai dengan kelaziman yang hidup dan berkembang. Beda dengan hubungan domestik ataupun internasional.

Kedua, pada bagian lain keterangan ini telah dikemukakan dalam praktik atau kelaziman yang berlaku yang dikenal executive agreements yang tidak memerlukan tujuan (advise and consent) dari badan perwakilan rakyat atau salah satu kamar badan perwakilan rakyat. Dengan demikian, tidak akan mungkin menentukan semua perjanjian internasional harus disahkan dengan undang-undang, memerlukan persetujuan dewan perwakilan rakyat.

Ketiga, perjanjian internasional adalah hasil kesepakatan antara negara-negara pihak, baik bilateral atau multilateral. Kelaziman atau praktik yang berlaku pada negara pihak akan menentukan suatu objek perjanjian internasional perlu atau tidak perlu disahkan dengan undang-undang, memerlukan persetujuan dewan perwakilan rakyat. Tidak kurang penting, yaitu kelaziman hukum internasional itu sendiri.

Keempat, hubungan internasional c.q. perjanjian internasional pada dasarnya dijalankan atas dasar diskresi, bahkan prerogatif dalam makna kebebasan untuk mempertimbangkan, membuat atau tidak membuat, memasuki ... ini salah tulis, memasuki atau tidak memasuki, turut serta atau tidak turut serta dalam suatu perjanjian internasional. Demikian pula, diskresi untuk mempertimbangkan perlu atau tidak perlu disahkan dengan undang-undang memerlukan persetujuan dewan perwakilan rakyat.

Berdasarkan aspek-aspek di atas, ketentuan enumeratif tentang perjanjian internasional yang disahkan dengan undang-undang memerlukan persetujuan dewan perwakilan rakyat tidak berarti tidak ada peluang pelanggaran ... ini salah ini, bukan pelanggaran. Tidak ada peluang pelanggaran, sehingga mencakup objek yang lebih luas. Praktik kenegaraan di mana pun di dunia ini, baik melalui praktik ketatanegaraan ataupun putusan hakim dapat terjadi perluasan atau penyempitan makna suatu kaidah hukum. Segala sesuatu tergantung pada tatanan hidup bernegara. Seperti demokrasi negara hukum dan penghormatan dalam hak warga negara, c.q. hak asasi warga yang semuanya akan menumbuhkan suatu penyelenggaraan negara yang bertanggung jawab atau respons sebagai government dalam makna tanggung jawab pada kepentingan rakyat.

Empat. Pasal 11 ayat (1). Pengesahan perjanjian internasional yang materinya tidak termasuk materi sebagaimana dimaksud Pasal 10, dilakukan dengan keputusan presiden. Menurut Pemohon, ketentuan ini bertentangan dengan Pasal 11 ayat (2) yang berbunyi, "Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban anggaran negara, keuangan negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang, harus dengan persetujuan dewan perwakilan rakyat."

Telah dikemukakan dalam praktik di mana pun di dunia ini dikenal executive agreement. Dengan demikian, eksistensi perjanjian internasional yang hanya disahkan dengan keputusan presiden, baik dalam praktik maupun doktrin sesuatu yang telah diterima secara universal. Persoalannya, bagaimana menjamin secara hukum agar pengertian perjanjian internasional dengan keputusan presiden tanpa memerlukan Dewan perwakilan rakyat tidak melampaui ketentuan Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945?

Dalam keterangan terhadap Pasal 10 di atas, telah dicatat aspek-aspek yang lazim menjadi dasar di luar ketentuan Pasal 11 ayat (2) untuk menentukan suatu perjanjian internasional disahkan dengan undang-undang atau dengan putusan presiden. Bahkan mungkin menjadi unreasonable kalau dianut pendirian seolah-olah segala sesuatu yang diasumsikan atau sekadar menurut logika, termasuk hal-hal yang

misalnya dianggap akan menimbulkan akibat luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat sehingga perlu disahkan menurut undang-undang.

Dalam kaitan ini perlu dicatat keterangan Hakim Agung Amerika ... Amerika Serikat, Oliver Wendell Holmes yang mengatakan, "The life of the law has not been logic, it has been experience."

Dalam ungkapan yang lebih lunak mungkin dapat dipergunakan ungkapan, "Hukum tidak sekadar rumusan logika, tetapi juga pengalaman."

Dalam bidang hukum ketatanegaraan, kita mengenal praktik ketatanegaraan atau konvensi ketatanegaraan yang tumbuh dalam perjalanan pengalaman praktik bela negara. Yang Mulia Ketua dan Anggota Majelis, demikian beberapa catatan untuk memenuhi Keterangan Ahli dalam Persidangan Yang Mulia ini. Terima kasih.

18. KETUA: ANWAR USMAN

Ya. Terima kasih, Prof. Lanjut, Prof. Hikmahanto, silakan!

19. AHLI DARI PIHAK PEMERINTAH: HIKMAHANTO JUWANA

Terima kasih, Yang Mulia. Para Hakim Konstitusi Yang Mulia, Bapak, Ibu, dan Saudara-Saudara sekalian. Assalamualaikum wr. wb. Salam sejahtera bagi kita semuanya. Sebelum saya memulai, saya juga ingin menyampaikan ... mengucapkan Selamat Hari Raya Idul Fitri, mohon maaf lahir dan batin.

20. KETUA: ANWAR USMAN

Ya.

21. AHLI DARI PIHAK PEMERINTAH: HIKMAHANTO JUWANA

Yang Mulia, pada kesempatan kali ini saya diminta oleh Pemerintah sebagai Ahli untuk menyampaikan beberapa hal. Ada tujuh pertanyaan yang saya bisa sampaikan di sini atau mungkin ... next slide. Pertama ... pertanyaan pertama adalah apa pengertian dari frasa *perjanjian internasional lainnya*? Yang kedua, siapakah organ yang memegang kekuasaan untuk membuat perjanjian internasional? Yang ketiga, apakah ada keharusan presiden mendapat persetujuan dari DPR dalam membuat perjanjian internasional? Yang berikutnya adalah mengapa ada perjanjian internasional yang pengesahannya dilakukan dengan keputusan atau peraturan presiden? Yang berikut, slide berikut. Lalu kemudian juga, apa makna konsultasi ke DPR sebagaimana diatur di dalam Pasal 2 Undang-Undang Perjanjian Internasional? Kemudian, apa ada perbedaan dalam istilah perjanjian internasional? Dan terakhir

adalah apakah masyarakat dapat lebih terlibat atau berpartisipasi dalam keikutsertaan ... keikutsertaan Indonesia dalam suatu perjanjian internasional?

Slide berikutnya. Untuk menjawab pertanyaan pertama, yaitu tentang frasa *perjanjian internasional lainnya*. Perkenankanlah dalam kesempatan ini saya mengulang kembali pendapat saya pada uji materi terhadap Undang-Undang Perjanjian Internasional di depan Mahkamah Yang Mulia ini dengan Nomor Perkara 20/PUU-V/2007. Pada kesempatan tersebut saya mengatakan, "Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa kata *perjanjian internasional lainnya* ini merujuk pada mitra negara. Negara RI sebagai subjek hukum internasional untuk membuat perjanjian dengan subjek hukum internasional selain negara. Dalam konteks demikian dan diakui oleh hukum internasional yang dapat menjadi mitra negara dalam membuat perjanjian internasional adalah organisasi internasional, Vatikan Suci atau Kota Vatikan, Palang Merah Internasional, dan juga belligerent."

Dengan demikian dalam pandangan saya adalah kurang tepat jika frasa *perjanjian internasional lainnya* dimaknai sebagai 'perjanjian internasional di luar dari apa yang diatur di dalam Pasal 10 Undang-Undang Perjanjian Internasional'.

Sebagaimana kita ketahui bahwa Pasal 10 Undang-Undang Perjanjian Internasional menyebutkan bahwa pengesahan perjanjian internasional dilakukan dengan undang-undang apabila berkenaan dengan masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara, perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah Negara Republik Indonesia, kedaulatan atau hak berdaulat, hak asasi manusia dan lingkungan hidup, pembentukan kaidah hukum yang baru, pinjaman dan/atau hibah luar negeri.

Pertanyaannya adalah mengapa Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 dimunculkan? Ini dilakukan pada amandemen ketiga. Menurut saya, alasannya sederhana karena Pasal 11 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 versi asli hanya menyebut *negara*, tidak *subjek hukum internasional selain negara*. Kita tahu bahwa Pasal 11 mengatakan ... Undang-Undang Dasar Tahun 1945 maksud saya, "Presiden dengan persetujuan dewan perwakilan rakyat membuat perjanjian dengan negara lain."

Dari Pasal 11 Undang-Undang Dasar Tahun 1945 versi asli tersebut, jelas sama sekali tidak menyebut subjek hukum internasional selain negara. Padahal Undang-Undang Perjanjian Internasional yang lahir sebelum adanya amandemen ketiga Undang-Undang Dasar Tahun 1945, secara tegas dalam Pasal 4 ayat (1) menyebutkan bahwa Pemerintah Republik Indonesia membuat perjanjian internasional dengan satu negara atau lebih, organisasi internasional atau subjek hukum internasional lain berdasarkan kesepakatan. Dengan demikian, menurut saya, Undang-Undang PI secara progresif telah mengeksplisitkan subjek

titik hukum internasional selain negara, yaitu organisasi internasional atau subjek hukum internasional lain.

Oleh karenanya untuk mengakomodasi subjek hukum internasional selain negara, dilakukanlah amandemen yang ketiga dari Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sehingga, secara komprehensif, Pasal 11 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menentukan presiden tidak hanya membuat perjanjian dengan negara lain, tetapi juga dengan subjek hukum internasional selain negara.

Slide berikutnya. Lalu, timbul pertanyaan. Mengapa dalam Pasal 11 ayat (2) terdapat frasa *yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat* yang terkait dengan beban keuangan negara dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang?

Dalam pandangan saya, ini tidak terlepas dari pengalaman buruk Indonesia ketika presiden menandatangani letter of intent yang ditujukan kepada International Monetary Fund pada tanggal 31 Oktober 1997. Ketika itu, Indonesia dalam kondisi yang sangat membutuhkan likuiditas karena terjadinya krisis moneter. Sementara, IMF mempunyai sejumlah kepentingan yang diantaranya merupakan kepentingan dari negara anggotanya.

Saat itu, bank-bank asing selaku kreditur menghadapi masalah karena piutang mereka tidak terbayarkan oleh debitur Indonesia. Para debitur ini memberi alasan karena ... tidak dapat membayar hutang karena pemerintah dianggap gagal menjaga stabilitas nilai tukar rupiah dengan dolar. Akibatnya, kreditur tidak ... kreditur asing tidak memiliki jalan keluar dari permasalahan yang dihadapi di Indonesia, kecuali mempailitkan debitur Indonesia. Sayangnya, mekanisme yang diatur dalam Undang-Undang Kepailitan peninggalan masa Belanda tahun 1905 tidak luwes dan sangat memakan waktu. Oleh karenanya undang-undang tersebut perlu untuk diamandemen. Nah, amandemen inilah yang diminta oleh IMF dan disetujui oleh Pemerintah Indonesia yang termuat dalam letter of intent.

Tidak heran bila amandemen Undang-Undang Kepailitan awalnya itu menggunakan peraturan pemerintah pengganti undang-undang, yaitu Perpu Nomor 1 Tahun 1998, ditetapkan pada tanggal 22 April 1998, tapi kemudian pada tanggal 9 September 1998 ditetapkan menjadi undang-undang dalam waktu yang sangat singkat.

Nah, di sinilah saya melihat bahwa berbekal pengalaman pahit ini dan agar di masa depan tidak terulang lagi, perumus amandemen ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memasukkan Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dengan frasa yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban

keuangan negara dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang.

Saya sendiri pernah menulis berkaitan dengan apa yang terjadi terhadap Indonesia terkait dengan Undang-Undang Kepailitan ini dalam sebuah jurnal dengan judul Reform of Economic Law's and Its Effects on the Post-crisis Indonesian Economy.

Slide berikutnya. Selanjutnya, saya ingin membahas pertanyaan yang kedua. Bahwa dalam pandangan saya, presiden adalah organ yang memegang kekuasaan untuk membuat perjanjian internasional.

Pertama, perlu dipahami bahwa kekuasaan untuk membuat perjanjian internasional dari perspektif trias politika berada di tangan presiden selaku kepala pemerintahan. Mengapa demikian? Alasan yang mendasari hal ini karena dalam suatu entitas yang abstrak seperti negara, maka menjadi pertanyaan, siapakah yang mewakili entitas tersebut ketika berhubungan atau berinteraksi dengan entitas lain? Ini tentu berkaitan dengan organ-organ yang ada dalam entitas abstrak tersebut, terutama bila jumlah organ dari entitas tersebut lebih dari satu.

Bila sebuah negara tidak lagi mengenal kekuasaan absolut di tangan raja dan menganut trias politika, bahkan cabang kekuasaan begitu banyak, tentu menjadi masalah, siapa organ yang berhak untuk berhubungan dan berinteraksi dengan negara lain? Di kebanyakan negara, organ yang memiliki kewenangan untuk mewakili suatu negara saat berinteraksi dengan negara lain adalah kepala pemerintahan, baik organ itu disebut sebagai presiden, perdana menteri atau penyebutan lainnya.

Di Indonesia, berdasarkan konstitusi kita, presiden sebagai kepala pemerintahan adalah organ yang paling berhak mewakili Negara Republik Indonesia, sebagaimana diatur dalam Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Di situ ada tiga kewenangan ketika Negara Republik Indonesia berhadapan dengan negara lain atau entitas lain, yaitu kewenangan tersebut adalah presiden adalah organ yang mewakili Republik Indonesia ketika Indonesia berperang dengan negara lain, ketika Indonesia mengadakan perdamaian dengan negara lain, dan ketika Indonesia membuat perjanjian internasional dengan negara lain, atau subjek hukum internasional selain negara. Kalaupun ada frasa Pasal 11 ayat (1) *yang menentukan dengan persetujuan Dewan perwakilan rakyat*, maka dalam pemahaman saya, persetujuan DPR dimunculkan agar tidak terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh presiden. Ini mengingat lembaga keppresidenan yang berbeda dengan mungkin DPR, Mahkamah Agung, dan lembaga negara lainnya, hanya diisi oleh satu orang, yaitu yang menjabat sebagai presiden. Oleh karenanya kondisi ini sangat rentan untuk disalahgunakan.

Kekuasaan asli atau original power dari presiden untuk mewakili negara dalam tiga kapasitas tersebut sangat dipahami oleh perumus

konstitusi maupun perumus dari amandemen konstitusi. Tidak heran bila Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 tidak mengalami amandemen, kecuali penambahan-penambahan.

Nah, ini kalau saya kontraskan dengan kekuasaan untuk membentuk undang-undang, tentu ini sangat berbeda. Kita tahu bahwa Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 sebelum mengalami amandemen mengatakan bahwa presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang dengan persetujuan dewan perwakilan rakyat. Sementara pascaamandemen, maka Pasal 20 ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945, dewan perwakilan rakyatlah yang memegang kekuasaan membentuk undang-undang. Sementara pengaturan di Pasal 5 ayat (1) diamandemen sedemikian rupa sehingga presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada dewan perwakilan rakyat. Jadi, original power untuk membentuk undang-undang berdasarkan amandemen ini, dikembalikan ke dewan perwakilan rakyat.

Slide yang berikutnya. Selanjutnya, saya akan membahas tentang keharusan presiden mendapat persetujuan dari DPR dalam membuat perjanjian internasional. Perlu dipahami bahwa di dunia yang telah mengglobal ini tidak mungkin sebuah negara hidup secara terisolasi. Suatu negara membutuhkan negara lain untuk melakukan berbagai kegiatan, mulai dari perdagangan, memerangi kejahatan lintas negara, hingga menyelesaikan masalah-masalah yang dihadapi oleh dunia secara bersama-sama.

Di sisi lain, dengan adanya kedaulatan masing-masing negara, maka tidak ada satu pun entitas yang memiliki kedudukan yang lebih tinggi dari negara. Oleh karenanya kegiatan antarnegara perlu tidak didasarkan pada hubungan yang subordinatif seperti pemerintah pusat dengan pemerintah daerah, tetapi hubungan yang bersifat koordinatif.

Nah, untuk menguatkan hubungan koordinatif ini, negara-negara menuangkan kesepakatan mereka dalam suatu perjanjian internasional. Dalam praktik, proses pembentukan perjanjian internasional biasanya diinisiasi oleh suatu negara. Di dalam negara itu pun proses tidak dilakukan oleh kepala pemerintahan, melainkan oleh para pembantu dan jajaran birokrasinya. Praktik ini dilakukan meski dalam konstitusi sebuah negara disebutkan bahwa kepala pemerintahan memegang kekuasaan untuk membuat perjanjian internasional.

Nah, perjanjian internasional ini bisa dinegosiasikan oleh jajaran dalam pemerintahan yang lebih rendah dari kepala pemerintahan. Dalam hukum internasional, siapa pun pejabat yang menduduki jabatan yang lebih rendah daripada kepala pemerintahan, maka yang bersangkutan harus memiliki apa yang disebut sebagai full powers (kuasa penuh). Kuasa penuh ini yang kemudian dalam Undang-Undang PI disebut sebagai surat kuasa yang mengatakan bahwa seseorang yang mewakili Pemerintah Republik Indonesia dengan tujuan menerima atau

menandatangani naskah suatu perjanjian atau mengikatkan diri pada perjanjian internasional, memerlukan surat kuasa. Tetapi di dalam Undang-Undang PI disebutkan bahwa ada pejabat tertentu yang tidak memerlukan surat kuasa itu sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (2), yaitu presiden sendiri dan menteri, dalam hal ini adalah menteri luar negeri.

Ketentuan tentang full powers ini juga termaktub dalam Pasal 2 ayat (1) huruf c dari Vienna Convention on Treaties Tahun 1969. Nah, menjadi persoalan apabila para pejabat yang menerima surat kuasa, melakukan perundingan dan kemudian menyepakati teks suatu perjanjian internasional, bahkan menandatangani, apakah semua perjanjian internasional yang akan diikuti harus mendapat persetujuan dari DPR?

Pertanyaan ini muncul mengingat substansi perjanjian internasional mengatur beragam isu, ada masalah yang berkaitan dengan haluan negara, ada masalah yang membebani keuangan negara, bahkan ada isu-isu yang teknis. Teknis menurut saya dalam kaitan ini, tidak berarti penting atau kurang penting karena dalam pemahaman saya, semua perjanjian internasional sebagai dokumen hukum harus dianggap penting. Isu bersifat teknis itu karena sifatnya bukan hal yang mendasar.

Di samping itu, ada perjanjian internasional yang disepakati oleh para pembentuknya memerlukan proses pengesahan. Jadi, istilahnya ada three steps, setelah dirundingkan, kemudian teksnya ditandatangani, dan kemudian harus ada pengesahan. Tetapi ada juga yang dua step, yaitu dirundingkan, lalu kemudian ditandatangani, langsung efektif berlaku.

Di banyak negara, tidak semua perjanjian internasional harus disetujui oleh lembaga legislatif. Di samping akan memberi beban yang terlalu banyak pada lembaga legislatif, juga birokrasi akan menjadi panjang, bahkan berimplikasi pada biaya. Intinya adalah tidak akan realistis bila semua perjanjian internasional harus dibawa ke lembaga legislatif untuk mendapat persetujuan. Bila ini terjadi, maka akan menjadikan kepala pemerintahan tidak lincah dalam melakukan hubungan dengan negara lain. Oleh karenanya pengkategorian perjanjian internasional pun dilakukan. Pengkategorian tidak didasarkan atas dasar penting atau tidak penting, tetapi dilakukan berdasarkan apakah ini memengaruhi secara fundamental suatu negara atau tidak?

Di sinilah kemudian di setiap negara dilakukan penafsiran tentang apa yang dianggap fundamen bagi suatu negara. Dan di Indonesia kita pahami bahwa tahun 1960 presiden menyurati ketua DPR berkaitan dengan apa yang dianggap sebagai sesuatu yang fundamen. Dalam poin angka kedua surat tersebut kalau boleh saya kutip di sini, dikatakan bahwa menurut pendapat pemerintah, perkataan *perjanjian* di dalam Pasal 11 ini tidak mengandung arti segala perjanjian dengan negara lain,

maksudnya Pasal 11 Undang-Undang Dasar Tahun 1945, tetapi hanya perjanjian-perjanjian yang terpenting saja, yaitu yang mengandung soal-soal politik dan lazimnya dikehendaki berbentuk traktat (treaty). Jika tidak diartikan, maka pemerintah akan tidak mempunyai cukup keleluasaan bergerak untuk menjalankan hubungan internasional dengan sewajarnya karena untuk tiap-tiap perjanjian walaupun mengenai soal-soal kecil harus diperoleh persetujuan terlebih dahulu dari dewan perwakilan rakyat.

Sedangkan hubungan internasional dewasa ini demikian sensitifnya sehingga menghendaki tindakan-tindakan yang cepat dari pemerintah yang membutuhkan prosedur konstitusional yang lancar. Bahkan kemudian di dalam angka 4 disebutkan, "Isu-isu atau hal-hal yang dianggap presiden perlu mendapatkan persetujuan dari DPR seperti soal-soal politik, kemudian ikatan-ikatan yang sedemikian rupa, sifatnya memengaruhi haluan politik luar negeri, dan soal-soal yang menurut Undang-Undang Dasar Tahun 1945 atau menurut sistem perundang-undangan kita harus diatur dengan undang-undang."

Nah, sebagaimana disampaikan oleh Prof. Bagir Manan bahwa Surat Presiden 2826 ini sudah menjadi pedoman dan sudah menjadi konvensi ketatanegaraan Indonesia. Dan kemudian keberadaan Surat 2826 ini dikesampingkan dengan pengaturan dalam Pasal 10 Undang-Undang Perjanjian Internasional.

Berikut, slide berikut. Saya ingin menjawab pertanyaan berikut, yaitu perjanjian internasional yang pengesahannya dilakukan dengan keputusan atau peraturan presiden. Memang di dalam Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Perjanjian Internasional disebutkan bahwa pengesahan perjanjian internasional yang materinya tidak termasuk materi sebagaimana dimaksud Pasal 10 dilakukan dengan keputusan presiden. Mengapa hal ini terjadi? Ada dua jawaban untuk hal ini. Pertama adalah adanya keharusan dalam perjanjian internasional untuk dapat berlaku secara efektif, perlu adanya dokumen pengesahan.

Nah, menjadi permasalahan adalah apabila substansi dari perjanjian internasional itu ternyata tidak masuk substansi yang diatur dalam Pasal 10, padahal diperlukan ratifikasi, lalu siapa yang akan melakukan ratifikasi? Di sinilah kebuntuan terselesaikan dengan presiden yang melakukan ratifikasi. Perlu juga dipahami bahwa presiden dipilih oleh rakyat. Oleh karenanya dalam pemahaman saya mewakili rakyat.

Yang kedua adalah alasan bahwa kepala pemerintahan tentu perlu memastikan, presiden perlu memastikan apa yang dirundingkan atau diinisiasi oleh para bawahannya itu sudah tepat. Oleh karenanya presiden yang melakukan pengesahan terhadap perjanjian internasional yang dinegosiasikan dan mungkin ditandatangani oleh para bawahannya.

Mengingat waktu, saya akan lanjut saja ke hal berikutnya. Terkait dengan kata-kata *konsultasi ke DPR*. Sebagaimana diketahui bahwa dalam Pasal 2 Undang-Undang PI disebutkan bahwa menteri

memberikan pertimbangan politis dan mengambil langkah-langkah yang diperlukan dalam pembuatan dan pengesahan perjanjian internasional dengan berkonsultasi dengan dewan perwakilan rakyat dalam hal yang menyangkut kepentingan publik.

Saya berpendapat bahwa Pasal 2 Undang-Undang PI ini sebenarnya memberi kewenangan kepada menteri, menteri luar negeri dalam hal ini yang mempunyai tugas untuk memberikan pertimbangan politis kepada presiden dan mengambil langkah-langkah yang diperlukan dalam pembuatan dan pengesahan perjanjian internasional.

Lalu pertanyaan berikutnya adalah kenapa ada kata-kata *dengan berkonsultasi dengan DPR*? Kata *konsultasi* di situ tidaklah seperti yang tercantum dalam Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Kata *berkonsultasi* itu maksudnya adalah menteri harus berkonsultasi atau dengan berkonsultasi dengan DPR apabila perjanjian internasional yang akan diikuti menyangkut kepentingan publik. Jadi, ini pada proses awal-awal ketika menteri akan mengambil langkah-langkah untuk pengesahan suatu ... pembuatan atau pengesahan suatu perjanjian internasional.

Lanjut saja, pertanyaan keenam berkaitan dengan istilah perjanjian internasional. Memang dalam rangka, dalam Angka 3, Surat Presiden, Nomor 2826, disebutkan sebagai berikut.

"Untuk menjamin kelancaran di dalam pelaksanaan kerja sama antara Pemerintah dan DPR, sebagaimana tertera di dalam Pasal 11 Undang-Undang Dasar Tahun 1945, Pemerintah akan menyampaikan kepada dewan perwakilan rakyat untuk memperoleh persetujuan dewan perwakilan rakyat hanya perjanjian-perjanjian yang terpenting saja (treaties) yang diperincikan di bawah. Sedangkan perjanjian-perjanjian lain akan disampaikan kepada DPR."

Saya sendiri agak berbeda pendapat dengan apa yang disampaikan oleh Presiden kepada DPR ketika itu. Saya tidak menganggap bahwa pengkategorian antara treaties dengan agreement dibedakan antara yang terpenting dan yang mungkin tidak penting.

Oleh karena itu, dalam konteks ini, saya ingin menyampaikan bahwa pembedaan antara treaties dan agreement sebagaimana dinyatakan dalam Surat Presiden Nomor 2826, dalam pandangan saya tidaklah tetap ... tepat. Perjanjian internasional tidak seharusnya dilihat dari penamaan atau istilah yang digunakan untuk menentukan penting atau yang lainnya, penamaan atau istilah atau suatu perjanjian internasional hanyalah suatu kesepakatan saat sebuah perjanjian internasional dirancang, terlebih lagi dalam situasi suatu negara melakukan akses. Jadi, ada perjanjian internasional yang kemudian kita, Indonesia, katakanlah ikuti, atau negara lain ikuti, maka suatu perjanjian internasional dengan nama tertentu itu tidak mungkin negara yang akan akses itu memiliki kendali untuk menentukan nama atau istilah yang digunakan bagi perjanjian internasional, sehingga nama atau istilah yang

digunakan atau suatu perjanjian internasional tidak merupakan instrumen untuk menentukan mana yang penting dan mana yang lainnya dari suatu perjanjian internasional.

Saya ambil contoh beberapa perjanjian internasional yang disahkan oleh DPR dengan undang-undang, misalnya saja menggunakan istilah *agreement*. *Agreement Establishing The World Trade Organization* itu sudah diundangkan ... disahkan dengan undang-undang, demikian juga istilah *convention* atau *covenant*, ada *Convention on The Law of the Sea*, dan kemudian juga *International Covenant on Civil and Political Rights* yang mendapatkan persetujuan dari DPR. Intinya, penamaan atau penggunaan istilah atas suatu perjanjian internasional tidak memengaruhi mana yang harus disahkan oleh DPR. Faktor yang mempengaruhi adalah substansi atau materi muatan yang diatur dalam perjanjian internasional.

Selanjutnya, perkenankanlah saya menyampaikan sedikit terkait dengan kata *lain* dalam frasa *perjanjian lain*. Saya ingin membahas ini karena kemungkinan frasa *perjanjian lain* dikaitkan dengan Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 yang menggunakan frasa *perjanjian internasional lainnya*.

Frasa *perjanjian lain* dalam surat 2826 tidak seharusnya dipadankan dengan frasa *perjanjian internasional lainnya*, sebagaimana diatur dalam Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Dua frasa ini mengandung dua hal yang berbeda dan seharusnya mendapatkan penafsiran yang berbeda pula.

Frasa *perjanjian internasional lainnya* dalam Pasal 11 ayat (2) Undang-Undang Dasar Tahun 1945 sebagaimana telah saya sampaikan di awal mengacu pada perjanjian internasional yang dibuat dengan subjek hukum internasional selain negara. Sementara perjanjian lain dalam surat 2826 merupakan pembedaan mana yang harus mendapat pengesahan oleh DPR dan mana yang hanya diketahui oleh DPR.

Terakhir, slide berikutnya, isu tentang pelibatan partisipasi masyarakat dalam keikutsertaan Indonesia dalam suatu perjanjian internasional. Apakah dengan tidak adanya persetujuan dari DPR, maka masyarakat kehilangan kesempatan untuk tidak dilibatkan atau berpartisipasi dalam keikutsertaan Indonesia dalam suatu perjanjian internasional? Tentu saya akan menjawab tidak.

Pelibatan masyarakat dalam suatu perjanjian internasional tidak selalu berkorelasi dengan adanya persetujuan dari DPR. Pelibatan masyarakat bisa melalui forum-forum diskusi, baik yang diselenggarakan oleh lembaga swadaya masyarakat, perguruan tinggi, bahkan yang diinisiasi oleh kementerian yang memiliki suatu kepentingan atas perjanjian internasional. Pelibatan tidak hanya ketika suatu perjanjian internasional dirundingkan atau pada saat akan disahkan, tetapi sejak awal mula perjanjian internasional dibutuhkan, namun belum ada teksnya.

Harus diakui pelibatan masyarakat saat ini memang belum dilakukan secara masif, apalagi menjadi komponen yang perlu dipertimbangkan mengingat pada masa lampau bila berkaitan dengan masalah-masalah hubungan internasional, masyarakat menganggap sebagai masalah pemerintah, bukan masalah masyarakat. Namun, di era sekarang, tentu cara berpikir demikian telah usang. Banyak isu dalam perjanjian internasional dimana masyarakat perlu didengar suaranya. Di sinilah menurut saya pentingnya Pemerintah dan berbagai pemangku kepentingan diberi kesempatan yang luas untuk memberikan pandangan-pandangannya.

Namun, saya berpendapat bahwa kesempatan yang diinginkan oleh masyarakat tersebut tidak seharusnya dilakukan dengan pembatalan sejumlah frasa dalam Undang-Undang PI. Pembatalan sejumlah frasa akan mengubah secara fundamental konstruksi, prosedur, dan proses suatu perjanjian internasional sejak diwacanakan hingga pada akhirnya diikuti. Bahkan Indonesia keluar dari suatu perjanjian internasional.

Pelibatan masyarakat dalam keikutsertaan Indonesia dalam suatu perjanjian internasional memang perlu diatur. Pengaturan ini bisa dilakukan mungkin saat Undang-Undang Perjanjian Internasional dilakukan amandemen. Namun, ini semua tidak berarti tanpa pasal yang mengatur pelibatan masyarakat, pemerintah menutup kemungkinan pelibatan masyarakat dalam suatu perjanjian internasional. Pemerintah modern yang transparan dalam menghadapi masyarakat yang sadar akan pentingnya hubungan internasional bagi mereka dan well informed terhadap isu-isu global sudah sewajarnya untuk memberi ruang bagi pelibatan masyarakat dan membangun terus kapasitas masyarakat untuk terlibat. Demikian, Yang Mulia, terima kasih. Wabillahi taufik wal hidayah, wassalamualaikum wr. wb.

22. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, terima kasih, Prof. Dari Kuasa Presiden, apa ada hal-hal yang ingin ditanyakan atau sudah cukup?

23. PEMERINTAH: DAMOS DUMOLI AGUSMAN

Terima kasih, Yang Mulia. Pemerintah ingin mengambil kesempatan ini karena kedua Ahli telah menyampaikan hal-hal yang menurut Pemerintah perlu pendalaman lebih lanjut, Yang Mulia.

24. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, silakan.

25. PEMERINTAH: DAMOS DUMOLI AGUSMAN

Yang pertama untuk Profesor Bagir Manan. Tadi Profesor secara menarik menyatakan tentang teori seandainya atau as if. Dan bahwa Undang-Undang PI ini bukanlah undang-undang yang mengikat umum atau bukan mengikat perorangan, dalam hal ini disebut sebagai undang-undang materil. Nah, pertanyaan sa ... kami adalah apakah ini berarti bahwa undang-undang ini sebenarnya tidak layak untuk diuji konstitusionalnya? Karena teori as if tadi ... atau dengan demikian ... dengan pengertian lain bahwa sebenarnya Pemohon tidak memiliki legal standing untuk menguji undang-undang ini. Itu pertanyaan yang pertama.

Kemudian yang kedua, Profesor tadi juga menyatakan bahwa hubungan internasional, dalam hal ini hubungan perjanjian internasional, dijalankan atas dasar diskresi, bahkan prerogatif presiden. Dalam hal ini, termasuk diskresi untuk mempertimbangkan perlu atau tidak perlu suatu persetujuan DPR. Nah, ini yang menarik perhatian Pemerintah. Nah, pertanyaan kami adalah jika sudah dirumuskan ketentuan enumeratif tentang perjanjian mana yang harus mendapat persetujuan DPR dan mana yang tidak, apakah Pemerintah masih memiliki diskresi tersebut jika dikaitkan lagi dengan bahwa kewenangan membuat perjanjian internasional merupakan original power dari Pemerintah?

Nah kemudian yang ketiga, Profesor juga mengatakan bahwa praktik ketatanegaraan di mana pun di dunia ini, baik melalui praktik ketatanegaraan atau putusan hakim, dapat terjadi perluasan, atau pelonggaran, atau penyempitan makna suatu kaidah hukum. Nah, dalam hal ini, apakah Pasal 10 Undang-Undang PI yang melakukan enumerasi tadi yang dipersoalkan oleh Pemohon dapat diperluas atau dipersempit melalui praktik ketatanegaraan? Bisa, enggak, praktik ketatanegaraan memperlonggar atau mempersempit kriteria Pasal 10 tadi? Nah, dalam hal ini, apakah Profesor juga berpendapat bahwa menjadi tidak relevan sebenarnya mempersoalkan konstitusionalitasnya? Jadi, lebih bagus praktik yang melakukan ... apa namanya ... pelonggaran itu.

Nah, pertanyaan terakhir dari profesor ... untuk Profesor Bagir adalah saya ing ... kami dari Pemerintah tertarik ingin menanyakan mengenai eksistensi political question doctrine di dalam hukum tata negara Indonesia. Di beberapa negara, isu hubungan luar negeri seperti perjanjian internasional itu masuk kategori political question, yaitu isu yang tidak dapat dipersoalkan di pengadilan, termasuk konstitusionalitasnya karena alasan isu ini adalah tindakan negara atau act of state dalam hubungan internasional atau istilahnya jure imperii.

Nah, kita punya kasus konkret saat ini, yaitu jika pemerintah atas nama negara mengimplementasikan keputusan Dewan Keamanan PBB seperti penangkapan kapal asing yang sedang terkena embargo. Sementara itu, tidak ada delik pidananya dalam hukum Indonesia.

Apakah tindakan Indonesia ini dapat dipersoalkan di Pengadilan Nasional Indonesia? Itu pertanyaan untuk Prof. Bagir.

Pertanyaan untuk Profesor Hikmahanto Juwana. Dalam hal ini, Pemerintah sependapat dengan Profesor bahwa Pasal 10 Undang-Undang Perjanjian Internasional harus dibaca bersamaan dengan konteks historisnya, yaitu Surat Presiden 2826 Tahun 1960. Karena jika tidak, maka terkesan atau terkesan adanya pertentangan antara Pasal 10 dengan Pasal 11 Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

Namun di lain pihak, nah, ini yang menarik bagi Pemerintah adalah Pemerintah juga mencermati adanya tafsir lain tentang istilah 'perjanjian internasional lainnya' dan dalam hal ini sudah berkembang di dalam persidangan ini. Dalam hal ini, istilah 'perjanjian internasional lainnya' itu dulunya memang dibedakan dengan istilah traktat (treaty). Sebelum Vienna Convention dilahirkan, memang ada praktik negara yang cenderung membedakan antara traktat versus other agreement. Kalau traktat itu subject to ratification, sedangkan other agreement itu tidak, atau istilahnya executive agreement menurut Prof. Bagir Manan.

Nah, International Law Commission sendiri tahun 1950 pada waktu ingin mempersiapkan Vienna Convention, telah mendebatkan perbedaan ini. Namun, pada akhirnya menyimpulkan bahwa perbedaan ini di mata hukum tidak perlu sebab keduanya tetap treaty yang akan diatur oleh Vienna Convention. Perbedaannya hanya pada how to enter into force. Kalau traktat itu subject to ratification, sedangkan other agreement itu tidak memerlukan ratifikasi.

Nah, kemudian ILC menyimpulkan bahwa Konvensi Wina 1969 tidak menganut perbedaan itu. Namun, Pemerintah juga ingin menyampaikan sesuatu bahwa sebelum Vienna Convention, bahkan konstitusi RIS dan Undang-Undang Dasar Tahun 1950 itu juga menganut perbedaan ini. Misalnya dalam Pasal 120 dari Undang-Undang Dasar Tahun 1950 mengatakan, "Presiden mengadakan dan mengesahkan segala perjanjian (dibuat traktat) dan persetujuan lainnya dengan negara lain."

Akhirnya perbedaan itu memang ada. Kemudian Prof. Hikmahanto mengatakan, "Surat presiden juga membedakan itu," tapi Prof. Hikmahanto tidak setuju dengan perbedaan itu. Nah, dalam hal ini kami melihat bahwa Profesor memiliki tafsir yang berbeda. Jadi, tafsir profesor terhadap Pasal 11 ayat (2) bukan merujuk pada other international agreement seperti yang dipraktikan sebelum Vienna Convention, namun merujuk pada perjanjian internasional dengan subjek internasional lainnya selain negara.

Nah, Pemerintah ingin bertanya dalam hal ini. Jika tafsir ini yang diterima, dengan demikian apakah menurut Prof. Hikmahanto penggunaan pasal ini atau Pasal 11 ayat (2) sebagai batu uji oleh Pemohon akan menjadi tidak tepat? Mengingat perjanjian-perjanjian yang dipersoalkan oleh Pemohon itu adalah perjanjian antarnegara yang

jika menurut tafsir dari Profesor justru tunduk pada Pasal 11 ayat (1) Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Ini yang ingin kami tanyakan kepada Prof. Hikmahanto.

Nah, kemudian yang ketiga. Mencermati pandangan Prof. Hikmahanto mengenai partisipasi masyarakat. Pertanyaan kami adalah apakah berarti Profesor melihat bahwa permasalahan yang terkait dengan permohonan Pemohon ini lebih terkait pada mekanisme penampungan partisipasi, fully? Apakah dengan demikian, Profesor berpandangan bahwa persoalan yang dipermasalahkan oleh Pemohon adalah soal legal policy, ketimbang konstitusionalitasnya? Karena Prof. tadi mengatakan, "Sebaiknya itu ditampung di dalam undang-undang ... revisi Undang-Undang Perjanjian Internasional."

Nah, pertanyaan terakhir untuk Prof. Hikmahanto adalah tadi Profesor mengatakan bahwa tidak realistis bila semua perjanjian internasional harus dibawa ke lembaga legislatif untuk mendapatkan persetujuan. Nah, menurut pandangan Pemerintah, tidak ada negara yang menganut bahwa semua perjanjian harus ke parlemen. Nah, tapi bila ini terjadi, Pemerintah menjadi tidak lincah dalam melakukan hubungan dengan negara lain. Pemerintah dalam hal ini sependapat karena itulah yang mengakibatkan surat presiden keluar tahun 1960, maka dibutuhkanlah pengkategorian perjanjian. Jadi, ini lebih ke pengkategorian yang mana yang ke DPR dan mana yang tidak. Dan dalam hal ini bukan persoalan konstitusionalitas seperti yang dipermasalahkan oleh Pemohon.

Nah, pertanyaan kami adalah karena selanjutnya Prof. kemudian mengatakan, "Diperlukan penafsiran tentang apa yang dianggap fundamental bagi suatu negara," dalam hal ini dalam membuat suatu kriteria yang bagus, gitu, ya? Nah, pertanyaan kami adalah dan ini juga ... ingin juga kami tujukan secara bersamaan kepada Prof. Bagir Manan. Siapa yang memiliki kewenangan untuk melakukan penafsiran tersebut dalam konteks hubungan antara lembaga? Apakah DPR? Pemerintah? Atau harus badan peradilan dalam menafsirkan permasalahan yang diangkat oleh Prof. Hikmahanto? Demikian, Yang Mulia. Terima kasih.

26. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, dari Pemohon ada atau cukup?

27. KUASA HUKUM PEMOHON: IBRAHIM SUMANTRI

Terima kasih, Yang Mulia. Pada prinsipnya sebenarnya pertanyaannya sama dengan yang ditanya Pemerintah, tetapi concern kita yang berbeda, concern dari Pemohon. Pemohon memperhatikan norma Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Di sini pada intinya pada Pasal 11 ayat (1) mengatakan, "Presiden dengan persetujuan dewan

perwakilan rakyat menyatakan perang, membuat perdamaian, dan perjanjian dengan negara lain.”

Terdapat frasa *persetujuan ... dengan persetujuan Dewan perwakilan rakyat*. Di ayat (2)-nya pun sama, “Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasari kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan dewan perwakilan rakyat.”

Dua pasal ... dua ayat ini menguraikan adanya persetujuan dewan perwakilan rakyat. Terkait dengan keterangan dari yang kami hormati, Ahli Prof. Bagir Manan dan Prof. Hikmahanto. Mungkin saya sama ... dua-duanya, saya utarakan untuk keduanya, pertanyaan ini.

Dari dua bunyi ayat dalam Undang-Undang Dasar Tahun 1945 ini kalau ... khususnya terhadap Profesor Hikmahanto, di mana yang membedakan bahwa perjanjian internasional ini, itu adalah terkait dengan subjek hukumnya, gitu. Karena pada prinsipnya di sini mengatakan, “Dengan siapa pun harus dengan adanya persetujuan Dewan perwakilan rakyat.” Satu itu.

Yang ke ... pada Prof. Bagir Manan, terkait dengan bunyi persetujuan tadi. Tadi disampaikan bahwa menteri berkonsultasi. Makna *berkonsultasi* itu hanya untuk satu proses di awal, gitu kan? Tapi kalau kita perhatikan pasalnya di dalam UUPI ini, konsultasi yang dilakukan oleh menteri itu dalam pembuatan dan pengesahannya ... dalam langkah-langkah pembuatan dan pengesahan. Jadi, pertanyaannya adalah menteri ini kapasitasnya sebagai apa? Apakah dia pembantu presiden dengan kewenangannya atribusi, mandat, atau legasi? Pertanggungjawabannya seperti apa, gitu kan? Sehingga itu bagaimana?

Dan yang terkait dengan itu juga, lanjut ke Prof. Hikmahanto. Tadi disampaikan pada saat konsultasi itulah terbuka ruang publik memberikan masukannya. Terlepas dari itu semua, sebenarnya kalau kita perhatikan pada prinsipnya Undang-Undang Dasar Tahun 1945 selalu mengatakan bahwa adanya persetujuan dari dewan perwakilan rakyat yang merupakan representasi daripada warga negara. Itu hal yang pertama.

Hal yang kedua. Memang di Pasal 11 ayat (3) dikatakan bahwa ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dengan undang-undang. Tetapi, Undang-Undang Perjanjian Internasional ini sendiri lahir sebelum adanya amandemen Undang-Undang Dasar Tahun 1945 tersebut.

Nah, kalau kita perhatikan dua ... dua ketentuan sebelumnya yang menyatakan adanya persetujuan DPR dan memperhatikan UUPI ini sendiri, timbul kerancuan-kerancuan hukum di sini dimana Undang-Undang Dasar Tahun 1945 memang benar tidak pernah menyatakan bahwa pengesahan dengan persetujuan DPR itu harus dengan undang-undang. Tetapi di sini, di pas ... UUPI-lah yang memisahkan hal tersebut,

gitu. Ada dengan undang-undang, ada dengan keppres. Tetapi, tidak pernah Undang-Undang Dasar Tahun 1945 itu mengeliminasi atau mereduksi tanpa ada persetujuan DPR. Bagaimana pendapat dari Para Ahli?

Yang kedua, tadi yang menarik juga dari Prof. Hikmahanto mengenai perjanjian yang secara judul tidak termasuk dalam Pasal 10, tapi secara substansi itu bisa masuk di Pasal 10, gitu. Siapa yang ... apa namanya ... berhak untuk ratifikasi atau ini produk yang akan seperti apa? Mengenai hal tersebut, kita punya concern. Pertama, apakah keppres itu masih dikenal dalam hukum Indonesia? Yang kedua ... apa namanya ... terhadap ... keppres masih diterima atau tidak? Yang kedua, apakah menghilangkan hak dari DPR selain untuk checks and balances, tapi juga ada keterlibatan? Karena di sini Undang-Undang Dasar Tahun 1945-nya jelas mengatakan, "Bersama dengan persetujuan DPR." Yang ketiga, bagaimana dengan kedudukan DPR sebagai wakil dari masyarakat? Karena presiden memang dipilih oleh masyarakat, tapi masyarakat juga memberikan haknya kepada DPR. Sementara itu. Selanjutnya, mungkin akan ditambahkan oleh Prinsipal kami, Yang Mulia.

28. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, silakan!

29. PEMOHON: RACHMI HERTANTI (IGJ)

Terima kasih, Yang Mulia. Pertanyaan saya, mungkin pertama akan saya sampaikan kepada Prof. Hikmahanto. Saya tertarik ... kami tertarik untuk mendalami soal kategorisasi tadi. Bahwa di awal dalam pernyataan Profesor tadi disebutkan bahwa perlu dilakukan suatu penafsiran tentang apa yang dianggap fundamen bagi suatu negara. Kemudian, Prof me-refer pada Surat Nomor 2826 yang menyatakan beberapa poin tentang hal-hal yang dianggap fundamen dalam sebuah perjanjian internasional. Pertama, soal-soal politik atau soal-soal yang dapat memengaruhi haluan politik luar negeri negara.

Kemudian yang kedua, ikatan-ikatan yang sedemikian rupa sifatnya sehingga memengaruhi haluan politik luar negeri negara yang dapat terjadi bahwa ikatan-ikatan sedemikian dicantumkan di dalam perjanjian kerja sama ekonomi dan teknis atau pinjaman uang.

Yang ketiga, soal-soal yang menurut Undang-Undang Dasar Tahun 1945 atau menurut sistem perundang-undangan kita harus sesuai dengan undang-undang. Bahwa kemudian, surat ini menjadi pedoman selama bertahun-tahun oleh negara yang kemudian berakhir pada pengaturan dalam Pasal 10 UUPI.

Pertanyaan pertama adalah apakah menurut Profesor, pembagian kategori yang ada di dalam Pasal 10 dan Pasal 11 itu ... Undang-Undang

Nomor 24 ya, itu apakah sudah cukup? Atau ternyata ada kategori lain yang dianggap fundamen yang belum masuk di dalam Pasal 10 tersebut yang dia harus mendapatkan persetujuan DPR?

Kalau misalkan kita ... saya coba melihat pada praktik perjanjian internasional, khususnya dalam konteks perjanjian kerja sama ekonomi, baik itu terkait dengan perjanjian investasi maupun perdagangan. Bahwa kita tahu salah satu hal yang kemarin kita angkat di dalam persidangan sebelumnya oleh ahli kami, salah satunya, misalnya terkait dengan bilateral investment treaty. Bahwa kita tahu bilateral investment treaty ataupun kategori terkait dengan perjanjian investasi, perlindungan investasi, dan perdagangan itu kan, dia masuk dalam klasifikasi perjanjian internasional yang dia tidak perlu di ... disahkan ya, atau tidak memerlukan persetujuan DPR karena dianggap perjanjian internasional yang sifat-sifatnya teknis.

Tapi dalam perkembangannya, dalam praktiknya kemudian bahwa perjanjian investasi, khususnya bilateral investment treaty ini telah membawa beberapa pengalaman yang menurut kami, ini per ... pada akhirnya menjadi perhatian khusus dimana Pemerintah Indonesia sebagai negara (state) digugat oleh se ... oleh investor asing di sebuah mahkamah atau arbitrase internasional yang mana sebenarnya ini berdampak terhadap policy space negara, artinya hak negara untuk membuat satu peraturan perundang-undangan salah satunya.

Dan kalau kami boleh mengambil satu ... apa namanya ... pendapat dari salah satu ... apa namanya ... penulis di dalam sebuah buku *Rethinking Bilateral Investment Treaties* oleh Pak Abdulkadir Jailani mengenai Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements. Bahwa beliau menyatakan ada empat alasan mengapa Indonesia pada akhirnya harus melakukan review terhadap perjanjian perlindungan penanaman modal Indonesia. Pertama, tidak adanya keseimbangan antara perlindungan investor dan kedaulatan nasional.

Kedua, ketentuan dalam perjanjian memberikan perlindungan dan hak-hak yang luas bagi investor asing, membiarkan negara tuan rumah tidak memiliki ruang kebijakan atau policy space untuk menerapkan tujuan pembangunannya sendiri.

Ketiga, permasalahan yang ditimbulkan dari penyelesaian sengketa investor dengan negara atau investor state disebut settlement yang telah meningkatkan exposure Indonesia terhadap klaim investor dalam arbite ... arbitrase internasional.

Dan keempat, ketentuan perjanjian investasi internasional berpotensi mengesampingkan Undang-Undang Nasional. Nah, kita tahu bahwa bilateral investment treaty ini yang dia termasuk dalam kategori Pasal 11 Undang-Undang Nomor 24, sebenarnya dalam praktiknya dia memunculkan satu hal yang sangat fundamen bagi hak sebuah negara untuk tetap berdaulat dalam hal ini.

Nah, apakah dalam konteks kategorial ini bisa dikatakan kerja sama ekonomi yang sebenarnya di dalam Surat 2826, dia masuk dalam kategori ... apa namanya ... hal yang sangat fundamen, itu perlu dipindahkan dari ... dari Pasal 11 Undang-Undang Nomor 24 menjadi dia seharusnya masuk di Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24? Bahwa hal ini, perjanjian internasional yang penanaman modal atau investasi dan Undang-Undang Perdagangan Internasional itu harus masuk dalam kategori yang fundamen karena dia memiliki implikasi yang cukup, bisa dikategorikan di dalam Pasal 10. Itu pertanyaan yang kedua.

Yang ketiga, tadi terkait dengan partisipasi publik. Saya senang sekali mendengar bahwa ada satu pendapat dari Ahli yang menyatakan bahwa memang pelibatan masyarakat itu sangat penting. Hanya dalam hal ini, kami ingin mengetahui struktur atau mekanisme seperti apa yang ideal dalam hal ini? Mengenai pelibatan masyarakat di dalam proses perundingan ataupun proses pengambilan keputusan sebelum perjanjian internasional itu diratifikasi, baik itu berdasarkan undang ... persetujuan DPR maupun itu berdasarkan persetujuan pemerintah melalui keppres.

Nah, ini yang kenapa pada akhirnya kami melihat Undang-Undang Nomor 24 ini menjadi hal yang sangat penting bagi masyarakat ketika melihat bahwa ada satu perjanjian internasional yang dia pada akhirnya tidak memiliki ... tidak membuka ruang demokrasi atau ruang kedaulatan rakyat cukup luas, apalagi perjanjian internasional yang dia tidak memerlukan persetujuan DPR.

Bahwa kami melihat, persetujuan DPR ataupun keterlibatan di DPR dalam memberikan persetujuan adalah merupakan ruang kedaulatan rakyat, tapi bagaimana jika satu perjanjian internasional yang seharusnya dia penting dan fundamen dan menim ... menimbulkan dampak terhadap kepentingan publik yang cukup luas dan dia disahkan dengan keppres, ruang apa yang harus ditempuh oleh masyarakat untuk mendapatkan kedaulatan rakyatnya?

Mungkin pertanyaan ini juga saya ingin ajukan kepada Prof. Bagir Manan. Di mana ruang demokrasi rakyat, ketika suatu perjanjian internasional ini tidak memerlukan persetujuan DPR, tetapi dia hanya melalui dengan keppres? Mekanisme apa yang berlaku? Apakah sudah ada ketentuan peraturan perundang-undangan yang ... yang membuka, di mana proses demokratisasi rakyat dalam ... paling tidak berpartisipasi ataupun memberikan pendapat dalam pengambilan keputusan terhadap suatu perjanjian internasional, sehingga perjanjian internasional tersebut tidak merugikan masyarakat?

Yang selanjutnya, untuk Prof. Bagir Manan. Saya hanya ingin tahu sebenarnya, bagaimana praktik konsultasi yang ideal antara prep ... pemerintah dengan DPR dalam hal ini? Karena ... apakah proses konsultasi ini dalam praktiknya hanya sekedar tahu sama tahu, "Ya, kami mau membuat suatu perjanjian internasional ke depannya."

Atau ada satu tahapan-tahapan yang ideal dengan satu proses penilaian atau kalau bahasanya, baik itu dalam konteks economic analysis impact assessment, for example, atau ada political impact assessment yang juga harus disampaikan kepada DPR sehingga dalam proses konsultasi itu tidak hanya sekadar proses formalitas, tapi ada satu perdebatan yang kemudian dalam prosesnya DPR pun bisa mengambil kontribusi di dalam proses pembahasan perjanjian internasional itu sendiri. Jadi, apakah selama ini ada tahapan-tahapan yang cukup formil dalam hal itu yang sudah diatur dalam suatu ketentuan peraturan perundang-undangan? Terima kasih.

30. KETUA: ANWAR USMAN

Ya. Dari meja Hakim? Yang Mulia Prof. Saldi!

31. HAKIM ANGGOTA: SALDI ISRA

Terima kasih, Pak Ketua. Saya ada tiga pertanyaan untuk Ahli Prof. Bagir Manan. Pertama, salah satu doktrin yang banyak dirujuk oleh para ahli hukum tata negara termasuk di Indonesia tentang seberapa luas kuasa presiden dalam suatu negara itu adalah pendapat C.F. Strong. Jadi, presiden itu meliputi executive power, itu yang paling utama, ada legislative power, judicial power, kemudian international relations power, yang terakhir military power. Ada lima sebetulnya yang kalau kita turunkan ke konstitusi, Prof. Bagir. Sebetulnya di konstitusi kita itu ada empat model undang-undang, paling tidak yang bisa bersentuhan dengan kuasa presiden itu. Pertama, model yang muncul dari Pasal 11 Undang-Undang Dasar 1945 karena dampak dari perjanjian atau hubungan internasional. Ada model undang-undang yang muncul karena implikasi dari Pasal 22 adanya perppu. Lalu, adanya model undang-undang yang muncul karena implikasi Pasal 23. Jadi, di Pasal 23 meskipun APBN dibentuk dengan undang-undang, tapi kuasa presi ... apa ... DPR tidak pernah diberikan otoritas untuk mengajukan rancangan Undang-Undang APBN. Kuasa itu hanya ada di tangan presiden. Lalu yang keempat yang paling umumnya itu adalah di Pasal 20 yang bisa memberikan keseimbangan antara posisi presiden dan posisi DPR dalam proses adanya suatu undang-undang.

Nah, saya ingin dapat tambahan penjelasan dari Prof. Bagir, kira-kira doktrin hukum tata negara apakah yang bisa membenarkan adanya ... apa ... gradasi masing undang-undang itu muncul? Jadi, kalau kita lihat dari empat kategori yang ada dalam Undang-Undang Dasar 1945 itu, itu beda-beda keterlibatan DPR-nya. Apa doktrin hukum tata negara yang bisa membenarkan ... apa namanya ... ada yang full, ada yang setengah, ada yang sangat terbatas, dan ada ... ada ... bahkan yang

tinggal setuju atau tidaknya saja. Apa doktrin hukum tata negara yang bisa membenarkan itu? Itu yang pertama.

Yang kedua, ini masih kelanjutan dari pertanyaan Pemerintah ya, soal wet in formele zin itu yang menurut Prof. Bagir sebetulnya kalau kita lihat Undang-Undang Nomor 24 sebetulnya tidak menyangkut materilnya, warga negara. Nah, padahal dalam sistem hukum pengujian undang-undang kita atau konstitusional review kita, formil dan materil itu dibedakan kalau formil itu apakah sebuah undang-undang dibentuk berdasarkan tata cara yang dibenarkan oleh konstitusi atau undang-undang lain untuk lahirnya sebuah undang-undang. Kalau materilnya jelas lebih menyangkut kepada substansi dari undang-undang ini. Apakah kalau kita menggunakan cara pandang yang kedua, Pemohon memiliki legal standing atau tidak untuk mengajukan permohonan ini? Itu yang kedua.

Yang ketiga, Prof. Bagir, saya tertarik dengan kutipan Prof. Bagir di halaman 3 yang mengambil Doktrin Sutherland itu. Saya masih ingat, ketika Bush Jr. menyerang Irak di bawah rezim Saddam Husseinnya, apa yang dilakukan Bush? Serang dulu Baghdad, sudah porak poranda Baghdad, baru dua hari kemudian dia minta atau melaporkan kepada kongres. Dan itu di Amerika menjadi kayak perdebatan yang sangat elementer dalam hukum tata negaranya. Yang kemudian sepengetahuan saya muncul sebuah buku yang judulnya sangat unik, *Unchecked and Unbalanced*. Jadi, dia ... dia jelaskan, kuasa presiden yang tiba-tiba menyerang dulu ke Irak, ke Baghdad, baru kemudian meminta endorsement dari kongres itu telah membiarkan presiden bergerak terlalu jauh melampaui batas-batas yang diberikan oleh konstitusi.

Nah, saya ingin dapat penjelasan dari Prof. Sampai berapa jauh konstitusi sebuah negara, termasuk konstitusi kita bisa membatasi eksekutif seorang presiden dalam menggunakan posisi dan fungsinya dengan menggunakan rezim atau cara berpikir Sutherland itu? Karena kalau tidak, kita takut jangan-jangan hari demi hari kita benarkan semua tindakan yang dilakukan presiden, lalu tidak ada lagi checks and balances dalam sistem ketatanegaraan. Apa yang bisa kita jadikan garis demarkasi agar presiden itu tidak bergerak terlalu jauh, tidak mengabaikan kekuatan-kekuatan lain di luar dirinya dalam sistem ketatanegaraan? Terima kasih.

32. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, terima kasih. Yang Mulia Pak Suhartoyo?

33. HAKIM ANGGOTA: SUHARTOYO

Terima kasih, Pak Ketua. Saya ke Prof. Bagir Manan dulu, agak ... ini implementatif saja. Begini, Prof, memang persoalannya ada di Pasal 9

ayat (2) Undang-Undang Perjanjian Internasional itu bahwa di sana diatur memang kalau dalam bentuk undang-undang itu perlu persetujuan DPR. Tapi ketika itu berbentuk keppres itu cukup memberitahukan. Itu penjelasannya, di penjelasannya, Prof, Pasal 9 ayat (2) itu.

Nah, persoalan yang muncul kemudian adalah kalau persetujuan DPR dalam bentuk undang-undang mungkin agak klir, ya? Tapi kalau yang keppres, cukup dengan persetujuan, apakah kemudian DPR tidak perlu ada produk hukum lain untuk merespons itu? Apakah bisa kemudian ... kalau persetujuan kan, berarti juga bisa tidak setuju, kan? Artinya, apakah kemudian mau tidak mau fait accompli, harus setuju? Sehingga tidak perlu ada proespons yang kemudian mengeluarkan produk hukum oleh DPR, apalagi kalau dikaitkan apa yang diterangkan oleh Prof. Hikmahanto, partisipasi publik tadi. Sejauh mana keppres itu juga bisa ada cantolannya kepada partisa ... partisipasi publik di situ? Ataukah memang partisipasi publik ditinggalkan sama sekali? Itu pertanyaan saya yang pertama.

Kemudian yang kedua, Prof. Kalau itu harus ada persetujuan, kapan persetujuan itu sebenarnya diberikan? Apakah sebelum menjadi undang-undang? Kalau itu memang harus persetujuan dengan undang-undang oleh DPR. Ataukah sebelum perjanjian itu ditandatangani? Itu yang ... yang juga menurut saya agak krusial. Itu dua pertanyaan untuk Prof ... Prof. Bagir.

Kemudian yang Prof. Hikmahanto, begini, saya tertarik dengan apa yang disampaikan tentang subjek hukum internasional tadi, Prof. Apakah ini kemudian subjek hukum dalam pengertian rechtspersoon, ya kan? Mewakili badan hukum negara ketika secara internal, secara nasional itu adalah wilayahnya adalah hukum privat ... eh, hukum publik, mewakili kepentingan publik, kan? Tapi kemudian, ketika itu dipakai untuk kepentingan keluar dalam produk perjanjian internasional, kemudian ada metamorfosis di situ, bisa menjadi wilayah hukumnya menjadi privat. Karena perjanjian lho, Prof. Artinya, ini bisa menimbulkan ... menimbulkan ... apa ... gesekan dengan apakah tidak ada rambu-rambu dengan 1338 BW, 1320, kan, itu juga prinsip-prinsip internasional yang harus ... di situ, kan? Nah, walaupun itu ya, memang, ya bahwa itu bisa bermetamorfosis menjadi hukum privat ketika sudah ber ... apa ... ber ... berimple ... diimplentasikan ke dalam perjanjian internasional, kemudian dibawa masuk kembali ke dalam wilayah nasional yang harus dalam persetujuan ataupun cukup oleh keputusan presiden, tapi Prof. Hikmahanto tadi juga menyebut peraturan presiden, meskipun dalam penjelasan saja tidak ... tidak disinggung lebih jelas itu.

Nah, saya melihat kalau keputusan presiden kan, begini, Prof. Keputusan presiden sifatnya lebih konkret, individual, dan sekali ... sekali pakai, kan? Tapi kalau peraturan presiden lebih abstrak, umum, dan secara terus menerus. Nah, kalau kemudian memang bisa bawa ...

memang itu berkolerasi, apakah kalau hal itu memang kaitannya dengan wilayahnya adalah area ... area privat, apakah kemudian tepatnya keppres atau perpres? Karena karakternya kan, berbeda seperti yang tadi saya sebutkan tadi, Prof. Itu satu pertanyaan.

Yang kedua begini, yang kedua, Prof. Hikmahanto, mengenai kalau sudah ... sudah kemudian dalam ... dalam ... apa ... dalam ... di apa ... di satu sisi, dari satu hal bahwa itu kemudian mengenai keppres atau perpres, apakah juga kemudian tidak ... tidak ada kaitannya dengan partisipasi publik yang justru saya minta penjelasan lebih lanjut bahwa itu yang beberapa kali ada stressing dari Prof. Hikmahanto bahwa di mana kemudian letak partisipasi publik ketika itu kemudian baik perpres maupun kemudian keppres itu? Kalau undang-undang, saya kira agak klir ya, karena kalau ... karena itu persetujuan DPR, jadi memang mesti harus persetujuannya klir, bentuknya jelas, ya. Tapi ketika perpres atau keppres tadi yang saya minta pendalaman dan ... mungkin itu saja, terima kasih.

34. KETUA: ANWAR USMAN

Ya, terima kasih. Dari Yang Mulia Pak Palguna?

35. HAKIM ANGGOTA: I DEWA GEDE PALGUNA

Ini memang jadi menarik. Terima kasih, Pak Ketua. Sebenarnya banyak pertanyaan, tapi saya ... saya batasi diri saja. Ada satu pertanyaan mendasar dari yang diajukan Pemerintah tadi berkaitan dengan ... apa namanya ... political question doctrine itu.

Saya kira ini memang menjadi hal yang penting, ya, yang mesti dipertimbangkan sebab kalau saya tidak salah, mohon mungkin koreksi Prof. Bagir atau Prof. Hik. Munculnya pertama soal political question doctrine itu kalau ndak salah itu adalah muncul dari penolakan John Jay untuk memberikan advisory opinion terhadap tindakan-tindakan perbuatan netralitas yang dilakukan oleh Presiden George Washington yang notabene adalah yang mengangkat John Jay sendiri sebagai Ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat dengan mengatakan bahwa itu adalah wilayah penafsiran eksekutif, silakan eksekutif melakukan, termasuk dalam ... kalau persoalan pernyataan netralitas, itu kan berkait dengan persoalan pasal yang dipersoalkan ini sebenarnya, tindakan dari eksekutif. Nah, tetapi di lain pihak kemudian muncul perkembangan demokratisasi yang dikehendaki oleh Pemohon, ada keterlibatan publik yang dianggap penting itu.

Nah, sebenarnya kan, tindakan pembuatan perjanjian internasional kalau ... mohon maaf, mohon dikoreksi juga oleh Prof Hik dan Prof. Bagir dalam hal ini. Kalau kita mengikuti logika dari Vienna Convention on the Law of Treaties, itu sebenarnya kan, lebih ... memang

lebih meletakkan pembuatan perjanjian internasional itu ke dalam pengertian political question, ya? Bahwa ada keterlibatan dari ... dari ... dari dalam proses ratifikasi itu, itu kemudian ... ini karena akan berkaitan dengan persoalan implementasinya secara nasional tadi perjanjian yang dibuat itu.

Nah, pertanyaan saya itu begini. Yang untuk Prof. Bagir dulu yang pertama. Ini memang menarik pernyataan dari Prof. Bagir ini. Bahwa lahirnya bentuk undang-undang dan untuk perjanjian internasional itu ... apa ... pengesahan perjanjian internasional itu adalah berdasarkan praktik ketatanegaraan. Apakah begitu? Dalam pengertian, apakah ini bukan lahir dari sebenarnya dari ketidakjelasan kita dalam melihat konsep hubungan hukum nasional dengan hukum internasional itu? Artinya, kalau kita menganggap hukum nasional dan hukum internasional sebagai dua bidang hukum yang terpisah sehingga ketika kita mengikatkan diri dalam satu perjanjian internasional, diperlukan national implementing legislation supaya bisa mengikat warga negara, maka perlu persetujuan DPR karena dia harus diundangkan ke dalam undang-undang nasional. Apakah bukan logikanya seperti itu? Ataukah memang benar, ini semacam praktik ketatanegaraan saja? Itu mungkin untuk Prof. Bagir, satu pertanyaan saya karena yang lain sudah banyak yang ditanyakan.

Yang kedua, mungkin untuk Prof. Bagir dan sekaligus Prof Hik juga. Apakah sebenarnya Indonesia mengenal atau tidak sih, dalam konteks perjanjian internasional itu yang namanya self implementing international ... apa, ya ... perjanjian internasional atau entah itu agreement atau? Ataukah itu hanya berlaku untuk yang disebut Prof. Bagir sebagai self exe ... apa ... sebagai administrative agreement atau executive agreement itu saja? Self implementing itu? Apakah hanya berlaku itu saja? Ataukah dalam hal treaty juga berlaku?

Sebab begini, ini berkaitan dengan Prof. Hik barangkali pertanyaan saya yang kedua. Ini kan, ada persoalan, Prof, dan tampaknya juga ... apa ... dari permohonan Pemohon juga tidak jelas betul. Pengertian yang digunakan dalam konteks ratification atau pengesahan itu, apakah ini karena bahasa Indonesia kita yang kurang kaya atau bagaimana? Sebab pengertian ratification itu kan, kalau kita kembali ke konsep Konvensi Wina 1969, itu kan, digunakan juga dalam 2 hal, Prof, ya? Satu dalam konteks ... tadi Prof. Hik sudah menyinggung, dalam konteks tahapan pembuatan perjanjian internasional, negotiation, signature, dan ratification, ya? Pengesahan. Tetapi juga dalam konteks ada juga penggunaan ratification juga dalam konteks concern to be born. Kapan suatu negara ... by way of ratification, by way of signature, atau by way of adoption, dan seterusnya kan, ada accession dan seterusnya itu.

Nah, yang menjadi tidak jelas kemudian dari konteks pertanyaan yang diajukan oleh Pemohon ini adalah kalau begitu, persetujuan DPR

itu kalau mau semua perjanjian internasional lantas diberikan harus ada persetujuan DPR, berarti sejak saat negosiasi, dia sudah harus di ... ada persetujuan kan, begitu jadinya? Karena nanti akan berikat pada ... karena akan berkaitan dengan persoalan concern to be born-nya sendiri dan kemudian juga berkaitan dengan tahapan dari perjanjian internasional itu sendiri untuk bisa entry into force ke dalam hukum nasional.

Nah, ini ... ini mohon penjelasan dari Prof. Hik dalam kaitan ini. Apakah persetujuan itu harus kita maknai ketika dalam tahapan sebelum kita menyatakan diri untuk terikat dalam perjanjian internasional itu ataukah persetujuan itu dalam konteks seperti yang disampaikan oleh Prof. Bagir tadi? Sebenarnya kalau memang itu sudah di ... dari awalnya kita sepakat bahwa itu adalah merupakan political question yang political ... sesuai dengan political question to obtain itu adalah merupakan absolute power dari ... dari ... dari presiden dalam penggunaan perjanjian internasional, maka terakhirlah DPR akan ini, "Oh, Anda keliru membuat perjanjian ini, kami tidak mau ratifikasi," karena ini misalnya dianggap sebagai soal fundamental, maka lalu tidak berlaku. Nah, ini pertemuan saya kira hukum tata negara dengan hukum internasional yang kita memerlukan kejelasan. Terima kasih, Yang Mulia.

36. KETUA: ANWAR USMAN

Ya. Masih ada, Yang Mulia Pak Wahiduddin?

37. HAKIM ANGGOTA: WAHIDUDDIN ADAMS

Terima kasih, Pak Ketua. Saya ingin bagian dari partisipasi masyarakat yang tadi disinggung oleh Prof. Hikmahanto bahwa pengesahan perjanjian internasional, baik dalam bentuk undang-undang atau keppres yang sekarang perpres, ini berarti ini akan masuk menjadi bagian dari pembentukan peraturan perundang-undangan.

Nah, sejak Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, kemudian diganti Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, itu ada salah satu asas penting dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, terkait ini apakah nanti dia dalam bentuk undang-undang atau prepres adalah asas keterbukaan. Nah, di sana disebutkan, "Keterbukaan itu sejak persiapan, perencanaan, pembahasan, pengundangan, dan penyebarluasan."

Nah, lalu asas ini melahirkan dua bab. Satu, bab penyebarluasan. Dua, bab partisipasi masyarakat di dalam undang-undang itu. Di bab 10 itu penyebarluasan. Setiap rancangan peraturan perundang-undangan itu harus disebarluaskan kepada masyarakat, bahkan disebut bahwa yang dimaksud penyebarluasan adalah khalayak ramai, itu bahasanya, *khalayak ramai*, saking ininya mungkin. "Khalayak ramai mengetahui," sehingga dapat memberikan masukan dalam hal dia rancangan. Tapi kalau sudah menjadi ... apa ... peraturan perundang-undangan, baik

undang-undang atau perpres terkait ini, maka agar masyarakat mengetahui dan dapat melaksanakan yang kita kenal dengan penyuluhan-penyuluhan.

Nah, kemudian ada satu bab lagi bab 11 di rancangan ... di Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan itu disebut, "Partisipasi masyarakat." Nah, partisipasi masyarakat itu juga disebutkan ketentuannya bahwa sejak persiapan sampai kepada pembahasan di tingkatnya kalau undang-undang tadi di DPR kalau pembahasannya di perpres itu di pemerintahan, itu harus melibatkan masyarakat, bentuk-bentuknya pun diatur, diskusi ilmiah, dengar pendapat, dan lain sebagainya. Nah, ini menunjukkan, ya bahwa memang ini diperlukan adanya keterbukaan, disebarluaskannya ... apa ... rancangan itu, baik sejak persiapan sampai pembahasannya, perkembangannya di pembahasannya, kemudian partisipasi masyarakat, sampai dia punya bab tersendiri. Ini menunjukkan betapa pentingnya masyarakat ya, terlibat di dalam pengambilan kebijakan yang sangat penting ini.

Nah ini kan karena Undang-Undang PI ini sebelum ada Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, bahkan dia masih memakai istilah keppres yang sekarang itu semua diseragamkan yang bersifat peraturan itu dengan peraturan, ya ... apa ... regeling. Nah, itu semua memakai istilah peraturan. Nah, ini apakah menurut Prof ini sangat penting dalam nanti apakah dia bentuknya undang-undang atau perpres itu, partisipasi masyarakat ini? Sehingga jangan sampai ya, masyarakat di akhir, di ujung baru mengetahui bahwa ada Undang-Undang Pengesahan Perjanjian Internasional atau dalam bentuk keppres, perpres. Nah, sehingga ya, muncul nanti usaha atau pengujian di badan-badan peradilan. Saya kira itu saja, terima kasih.

38. KETUA: ANWAR USMAN

Masih ada? Yang Mulia Prof. Arief!

39. HAKIM ANGGOTA: ARIEF HIDAYAT

Terima kasih, Yang Mulia Ketua. Bisa direspons oleh Prof. Bagir atau Prof. Hikmahanto. Membaca cermat dari Permohonan ini, hakikat dari Permohonan ini adalah Pemohon itu merasa khawatir dengan adanya perjanjian karena perjanjian yang dibuat oleh pemerintah. Memang pemerintahan itu kan, sifatnya continue, siapa pun yang memegang. Tapi pada waktu perjanjian, misalnya dilakukan pada pemerintahan yang sekarang, itu mempunyai dampak kepada pemerintahan yang berikutnya, berdampak kepada negara, berdampak kepada rakyat, pada periode-periode yang selanjutnya sehingga kita ambil contoh begini, perjanjian utang negara Indonesia yang dilakukan

oleh pemerintahan yang lalu itu berdampak pada harus membayar kepada pemerintahan yang sekarang, dampaknya. Sehingga kalau begitu, apakah tidak lebih baik memang kalau perjanjian itu juga harus diketahui dan disetujui oleh rakyat melalui DPR tadi? Ini hakikat dari permohonan-permohonan dari Pemohon ini karena ternyata apa yang dilakukan ... perjanjian yang dilakukan oleh pemerintahan yang sekarang itu sangat berdampak pada yang berikutnya.

Nah, kalau itu semuanya bisa disetujui melalui ... oleh DPR, maka itu akan lebih kuat karena tanggung jawabnya memang itu tanggung jawab secara keseluruhan. Tapi di lain pihak, memang lincahan dari proses persetujuan DPR itu yang lama, enggak mungkin itu bisa dilakukan segera. Nah, ini konstruksi dari untuk kepentingan nasional, apakah permohonan ini ... kekhawatiran ini, itu bisa dimengerti atau bagaimana? Pandangan Prof. Bagir dan Prof. Hikmahanto. Saya melihat dari sisi hakikat dari permohonan ini adalah kekhawatiran mengenai itu. Terima kasih.

40. KETUA: ANWAR USMAN

Baik. Silakan, siapa terlebih dahulu yang akan menanggapi? Mungkin Prof. Bagir, silakan!

41. AHLI DARI PIHAK PEMERINTAH: BAGIR MANAN

Terima kasih, Yang Mulia Ketua dan Para Yang Mulia mengajukan pertanyaan dan juga Pihak Termohon, Pemerintah, dan Pemohon. Saya sendiri enggak suka pakai istilah Termohon ... apa ... karena bagi saya perkara pengujian itu *ex party*, bukan ada pihak, secara ilmiah begitu, gitu, ya. Tapi enggak apa-apa, praktik kita sudah begitu, ya, begitu saja gitu, ya.

Saya mulai urutan-urutannya dari Pemerintah, seterusnya pasti akan ada yang ketinggalan. Maklum ini yang menangkap ini menjelang 78 tahun, jadi mohon maaf gitu, ya. Dipersoalkan yang pertama, saya mengatakan undang-undang ini mengatur segala sesuatu seandainya kita membuat perjanjian internasional, *as if*. Jadi, hanya mengatur kalau kita ... inilah prosedur yang harus ditempuh. Kalau kita tidak membuat itu ya, sudah artinya undang-undang itu diam saja. Formal undang-undang, tapi dia tidak ... tidak ada aktivitas apa-apa, gitu ya?

Secara akademis, kita mengenal undang-undang formil dan undang-undang materiil, nanti akan berlanjut dengan Yang Mulia Pak Saldi, nanti. Yang dikatakan undang-undang formil atau undang-undang formal ya, *formele wet* itu adalah undang-undang bentuknya, tapi undang-undang yang tidak melahirkan hak dan kewajiban pada setiap orang pada orang banyak, tapi hanya pada hal tertentu.

APBN itu hanya merupakan ... menimbulkan hak kewajiban bagi penyelenggara pemerintahan saja. Saya mengategorikan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 itu seperti ini karena dia tidak berlaku pada saya, saya tidak ada urusannya dengan undang-undang ini, gitu, ya. Apakah Pak Damos akan buat perjanjian internasional dan segala macamnya? Ya, itu urusan Pak Damos cs, kita enggak, gitu ya? Bahkan lebih lagi bukan ... kalau APBN itu masih kita lihat operasinya, kalau undang-undang ini sama sekali tidak, kecuali kalau ada proses perjanjian internasional dilakukan, itu yang saya maksud.

Nah, apakah ... apakah undang-undang semacam ini layak diuji atau tidak? Dua jawabannya. Pertama, tentu kita tidak dapat membatasi hak warga negara atau mempersoalkan apa saja yang menurut dia layak dipersoalkan. Yang kedua, putusan hakim, terserah hakim, apakah hakim akan memenuhi syarat atau tidak? Hakim jangan pindahkan pada mantan hakim ini, sudah bukan hakim lagi, gitu ya? Itu yang pertama.

Diskresi dan prerogatif. Saya ... diskresi itu *matter of choice*, pengertiannya adalah kalau ada pilihan, maka ada diskresi. Tetapi, kalau prerogatif itu dikatakan *extra legal power*, *extra legal power*, ada di luar undang-undang. Bahkan John Locke mengatakan prerogatif itu bisa *against the law*, bisa itu. Maka ... agak menyimpang sedikit, mohon maaf kepada Yang Mulia itu. Janganlah kita mudah sekali mengatakan, "Itu prerogatif presiden." Orang kewajiban konstitusi, kok dikatakan prerogative, gitu ya? Merombak kabinet, prerogatif. Merombak kabinet itu kan, diatur oleh Undang-Undang Dasar Tahun 1945, presiden boleh membentuk kabinet. Jadi, supaya kita hati-hati karena menyangkut *extra legal power* yang Prof. Arief hafal benar soal itu, ya?

Jadi, saya katakan begini, ini begini. Makin modern negara itu, makin tidak terbatas apa yang termasuk fungsi atau urusan negara itu. Menjadi *non-enumerated*, tidak dapat diidentifikasi, gitu ya? Zaman dulu orang mempersoalkan fungsi negara itu ketertiban dan keamanan. Kemudian, sesudah itu terus-terus sampai sekarang ini sampai ... apa ... ada kabel di bawah jalan di Jakarta pun urusan negara itu. Jadi, kita tidak mungkin mengatakan bahwa mengidentifikasi inilah semuanya sudah ada di sini, tidak bisa lagi.

Begitu pula maksud Pasal 10 itu, hanya menunjuk ini, ini, ini. Pengertian misalnya mempunyai dampak politik, bagaimana kita dapat menentukan dampak politik? Kata partai A, "Ini dampak partai politik." Kata partai B, "Oh, enggak, ini just technicality." Bisa juga gitu, ya. Jadi, hal itu menunjukkan bahwa karena kita tidak mungkin mengidentifikasi seluruhnya, ada bagian-bagian yang diserahkan kepada praktik dan praktik itu tunduk pada prinsip-prinsip, misalnya *general principles of justice*, misalnya prinsip-prinsip yang diakui dunia internasional.

Kebiasaan-kebiasaan tertentu itu menjadi kebiasaan kita, belum lagi tunduk pada asas demokrasi, negara hukum, hak asasi. Misalnya hak asasi manusia, ketika misalnya tadi disebut Prof. Hik mengenai European

... apa ... Convention on Political and Civil Rights, itu dulu lebih banyaknya individual right saja itu, tapi sekarang orang lebih banyak mempersoalkan economic right dan social right, socialement rechten. Jadi, satu perkembangan yang sulit sekali dan semua kita bebankan kepada negara sehingga kadang-kadang ada ucapan, "Kok negara tidak hadir?" gitu.

Nah, itu. Jadi, janganlah kita membuat batas-batas itu. Di situlah diskresi itu penting. Tapi bagaimana mencegah diskresi menjadi ... tidak menjadi sewenang-wenang? Ada tiga prinsip diskresi. Pertama, memang ada kewenangan untuk memilih, gitu ya? Yang kedua, tujuannya dibenarkan hukum. Yang ketiga, dengan cara-cara yang dibenarkan oleh hukum. Itu the three principles of discretion yang tidak boleh dibantah. Bedanya dengan prerogatif, dia tidak terikat pada itu karena dia extra legal power, kita nanti akan terus pada itu, ya?

Ya, kemudian selanjutnya yang ketiga, praktik ketatanegaraan itu, ya kalau kita bicara konvensi tata negara atau praktik ketatanegaraan itu disebut juga adalah ... apa ... political ethics-nya, constitutional ethics. Dia ada etika saja, tapi mempunyai kekuatan luar biasa karena dia dapat menggeser pengertian-pengertian normatif. Jadi, konstitusi dapat digeser. Misalnya, secara hukum ... secara hukum dalam sistem parlementer secara hukum kepala negara boleh menolak mengesahkan undang-undang. Tapi dalam praktik ketatanegaraan, tidak ada karena memang tidak pernah menolak lagi kepala negara karena menganggap keputusan parlemen adalah kehendak dari rakyat banyak, itu contoh konkretnya, gitu ya?

Pengertian technicalities dan nontechnicalities yang kalau dia berkaitan dengan policy, maka itu tidak lagi hanya teknis, gitu. Jadi kalau terkait dengan policy, gitu. Political question doctrine ketika mulai tumbuh praktik judicial review terhadap undang-undang, timbul pertanyaan, apakah boleh begitu saja hakim itu mengenyampingkan kehendak rakyat lewat DPR itu?

Ada sahabat saya dulu pejabat sangat tinggi di negeri ini yang mengatakan, "Kok, sembilan orang hakim bisa mengenyampingkan kehendak 560 orang? Katanya atas nama rakyat Indonesia?"

Karena beliau bukan sarjana hukum, beliau secara matematis seperti itu. Jadi, pengadilan sendiri mencoba mengembangkan, membatasi dirinya, self restraint sehingga dia tidak mengatakan semua boleh kami uji, ada self restraint. Standing itu termasuk salah satu cara mengukur untuk membatasi jangan lebih itu. Mengapa perlu ada self restraint? Untuk menghindari pengadilan menjadi badan legislatif atau melakukan proses politicking sehingga ada doktrin ekstrem mengatakan, "Pada dasarnya kita harus menghormati kehendak dari rakyat melalui dewan perwakilan rakyat itu, pada dasarnya, kecuali sangat nyata melakukan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945."

Sehingga pembatasan itu misalnya, pembatasan yang berkait dengan individual rights tidak bisa lagi mereka mengatakan bahwa saya ... itu melanggar hak konstitusional saya, harus spesifik betul mengapa hal itu. Political question termasuk salah satu kriteria yang membatasi itu. Nah, terutama dalam praktik di negara-negara seperti Amerika Serikat, Jerman, Perancis itu dalam hubungan luar negeri sangat mereka lihat sebagai satu political question, kecuali betul-betul adalah pelanggaran-pelanggaran yang bersifat individual rights, tapi sangat jarang karena mereka seperti tadi dikatakan oleh pihak pemerintah the act of state. The act of state itu selalu bersifat politik, tidak ada yang nonpolitik unsurnya itu sehingga itu act of state.

Nah, tapi tadi ada persoalan, begitu ya, ada tindakan-tindakan ... tindakan-tindakan pemerintahan yang bisa menyebabkan pemerintahan itu bisa berlaku sewenang-wenang dengan menggunakan kekuasaan-kekuasaan atas nama political question itu. Tadi contoh bagus, mohon maaf kalau konteksnya dari Prof. Saldi yang mengatakan bahwa Bush ... kasus Bush ketika mengirim pasukan ke Irak, tapi kemudian ternyata Bush berbohong. Ini perlu kita katakan juga dia mengatakan, "Di sana ada ... ada senjata pemusnah," ternyata tidak ada. "Dia pembohong besar untuk rakyat dunia, itu ... untuk hal itu," kata mereka juga itu, kita cuma baca saja.

Sebetulnya praktik bahwa presiden menggunakan kewenangan-kewenangannya di luar persetujuan kongres bukan baru, tidak di kita, gitu ya? Ketika pecah perang saudara di Amerika Serikat, Presiden Lincoln, dua minggu setelah dia mengirim tentara ke Selatan, baru lapor ke kongres. Kan, waktu itu adalah 10 dari 13 negara bagian sudah menyatakan keluar dari federasi. Dia menyatakan, "Keluar," itu begitu. Dan terkenal salah satu ucapan Lincoln yang mengatakan, "Kita bekerja untuk konstitusi, bukan konstitusi untuk kita ... konstitusi adalah untuk kita, bukan kita untuk konstitusi." Dia katakan begitu.

Ada beberapa tindakan yang ... yang ... yang ... yang membenarkan itu. Dalam hubungan internasional misalnya, dia dapat mengerahkan tentara misalnya, ke Vietnam, macam-macam itu, dengan alasan merupakan bagian dari perikatan internasional, bagian dari komitmen internasionalnya, atau karena dia mendapat sudden attacks, dia tidak ini lagi. Baru kemudian diurut-urut, gitu, seperti itu, gitu ya? Jadi, ada ... ada pembenaran-pembenaran praktik ketika hal seperti itu.

Presiden Theodore Roosevelt pada awal abad 20 mengirim tentaranya ke Puerto Rico tanpa persetujuan kongres. Setelah diduduki, baru dia lapor, begitu. Dia bilang, "Ini kepentingan nasional kita, mendesak."

Atau yang lazim misalnya baru-baru kemudian di abad kedua0 terjadi mereka mengirim tentaranya dengan alasan, "Melindungi warga negaranya atau kepentingan negara yang di tempat itu." Jadi, ada doktrin-doktrin seperti itu.

Pertanyaannya, kalau ini mudah sekali dipakai, begitu, bagaimana supaya tidak lewat? Gitu, ya? Supaya tidak lewat. Diskresi itu memang dibayangkan seperti orang berjalan di lereng yang licin ya, they learn slope slips ya, yang licin mudah sekali tergelincir, disalahgunakan, dan uncontrollable. Itu Prof. Saldi benar sekali, tapi ada alat lain, yaitu misalnya ekstrem secara hukum, impeachment, ada cara-cara DPR melalui interpelasi, melalui interpelasi, melalui interpelasi, gitu. DPR-nya harus sigap melihat hal seperti itu. Tapi juga di Amerika Serikat justru kongresnya yang memberi kuasa khusus kepada presiden, misalnya peristiwa 11 September. Dalam waktu 3 hari setelah 11 September, Kongres Amerika mengesahkan undang-undang yang memberi kuasa khusus kepada presiden untuk mengambil segala tindakan, mengerahkan tentara menghadapi terrorism. Jadi, ada juga saling membantu hal-hal seperti itu.

Ya, ini ... bagaimana ini, apakah semua harus persetujuan presiden? Ada 2 argumentasi yang menyulitkan kehendak itu, cita-cita itu. Pertama, sudah kita katakan bahwa tadi diakui bahwa hubungan internasional itu sebenarnya merupakan the original power dari presiden, dialah sebenarnya yang mempunyai kekuasaan itu. Bahkan adanya advice and consent dari ini semacam kehendak membagi saja sebetulnya, checks and balances itu, sebetulnya itu.

Yang kedua, tadi, secara praktis sulit sekali melakukan enumerasi, bermacam-macam hal-hal yang dalam hubungan internasional, apa lagi sekarang secara teknis.

Bahkan saya tambahkan yang ketiga, praktik hubungan dengan negara lain itu yang harus kita lihat juga kalau dia sendiri punya prinsip-prinsip membuat perjanjian internasional seperti dalam rangka hubungan yang ... yang berimbang tadi harus kita perhatikan juga, gitu. Jadi, ada persoalan-persoalan seperti itu, ya.

Ya, jadi ... jadi apa pun kehendak kita ingin menambahkan semuanya tidak akan pernah lengkap, tidak akan pernah lengkap karena fungsi bernegara modern tidak dapat lagi disusun secara enumeratif. Konsultasi ... konsultasi, kan mereka tidak mengambil keputusan setelah konsultasi itu. Tetap yang akan mengambil keputusan adalah presiden. Kalau konsul ... dan kalau itu nanti harus dengan persetujuan DPR, berarti proses selanjutnya adalah proses-proses persetujuan ya, setelah konsultasi. Konsultasi itu, ya, tindakan pendahuluan.

Nah, tentu pertanyaan ... apa ... bagaimana konsultasi itu? Apa enggak pura-pura, gitu? Ini pertanyaan mestinya tidak ditujukan kepada saya karena saya belum pernah menjadi menteri bernegosiasi dengan DPR, ya. Tanya yang di sebelah kanan saya itu. Mereka jujur berkenaan dengan konsultasi apa enggak, gitu ya? Karena saya terus terang, saya akan mengakui, saya enggak pernah tahu konsultasi. Tapi saya meyakini konsultasi itu penting, tapi memang berbeda dengan persetujuan karena ini pada tingkat yang berbeda.

Bagaimana itu kalau dalam bentuk keppres itu, bagaimana kita partisipasi rakyat, bagaimana, gitu? Partisipasi rakyat atau kontrol rakyat itu bisa dalam bentuk preventif dan bentuk represif. Ketika menghendaki persetujuan macam-macam, itu preventif. Tapi disediakan represif. Mau, tidak mau, ya? Mau, tidak mau, harus itu. Untuk dalam rangka menghormati kewenangan presiden membuat executive agreement itu.

Dulu saya tidak tahu, nanti Prof. Hikmahanto lebih menegaskan, dulu ada ketentuan kalau tidak salah yang mengatakan bahwa dalam persetujuan internasional, istilah kita dulu pakai istilah persetujuan internasional, Prof. Hik, ya? Persetujuan internasional itu kalau sudah tanda tangan dikirim kepada ... kepada DPR juga untuk mendapatkan ya, perhatianlah. Tapi ada batas waktunya. Kalau dalam waktu sekian DPR-nya diam saja ya, dianggap itu sudah selesai. Apakah itu masih berlaku, apa enggak, saya juga tidak tahu.

Nah, sekarang secara spesifik, Prof. Saldi ... Yang Mulia Prof. Saldi, ya. Kadang-kadang lupa saya sebut Yang Mulia itu, ya. Gradasi undang-undang atau jenis undang-undang ada undang-undang formil, ada undang-undang materiil, undang-undang anti formil, (suara tidak terdengar jelas) hukum. Itu sebetulnya the matter of academics, bukan hukum positif. Kita tidak dapat membuat kaidah hukum positif bahwa undang-undang ini derajatnya ini, tidak bisa. Itu hanya persoalan-persoalan akademis saja itu, ya.

Barangkali secara akademis, kita dapat berkategori bahwa ini priority, ini prefail, ini duluan apa enggak. Tapi secara praktik, tidak bisa. Sebab sekali dia diberi bentuk undang-undang, dia adalah sederajat undang-undang itu. Itu ... gradasi itu atau macam-macam kategori undang-undang itu adalah persoalan akademis, gitu ya?

Ya, kemudian soal pengujian secara formal atau pengujian secara materiil. Ya, yaitu melihat tata cara dan ... dan/atau materi undang-undangnya. Di ... di tempat kita, dua-duanya bisa, gitu ya? Kalau Prof. Kleintjes itu ya, dalam buku sangat tua tahun 1930, *Staatsinstellingen: van Nederlandsch-Indie* mengatakan bahwa ... apa ... formele toetsingrecht itu merupakan satu yang pasti ada pada hakim. Hakim mempunyai hak untuk melihat apakah undang-undang dibentuk secara benar apa enggak? Tapi kalau materi toetsingrecht itu, tidak. Tergantung pada apakah sistem negara itu membenarkan undang-undang itu diuji atau tidak. Kalau Undang-Undang Dasar mengatakan undang-undang tidak dapat diganggu gugat, wet en al ondschendbaar itu tidak bisa, gitu ya. Tapi kalau yang itu formil, boleh, gitu.

Nah, tapi ini kita membedakannya bukan soal pengujian undang-undang atau pengujian secara formil atau secara materiil. Bahwa formil itu singrecht atau materiil itu singsrecht, tapi jenis undang-undang. undang-undang formil atau undang-undang materiil, itu yang kita persoalkan, ya. Ya, tadi sudah saya jawab. Bagaimana kalau presiden melanggar itu? Potensinya memang besar. Misalnya, dia

menggunakan saya commander in chief, maka dia boleh menggerakkan tentaranya, ya. Tapi kadang-kadang juga dalam praktik, Mahkamah Agung atau pengadilan membenarkan itu.

Saya akan mengambil contoh, pernah terjadi ketika menghadapi perang Korea-Amerika Serikat. Terjadi pemogokan besi baja seluruh Amerika Serikat, maka presiden mengerahkan tentara untuk menjalankan besi baja itu. Dan digugat ke Mahkamah Agung, kemudian itu mengatakan, dan presiden disalahkan mengambil alih itu. Kalau alasannya menghadapi perang Korea, kata Mahkamah Agung Amerika Serikat mengatakan, "Too remote from the area." Terlalu jauh itu menggunakan untuk alasan itu, misalnya.

Tetapi di pihak lain, ketika terjadi di zaman pemerintahan Truman mengatur tentang sewa rumah, jual-beli rumah karena veteran perang dunia kedua menjerit semua, "Kami tidak bisa membayar sewa rumah, kami baru, keluarga baru," katanya gitu. Keluarga baru, rumah menjadi mahal sekali, sesuai dengan hukum pasar yang berlaku, maka Presiden Truman mengeluarkan keputusan mengatur sewa rumah. Digugat juga ke Mahkamah Agung. Mahkamah Agung membenarkan tindakan presiden dan mengatakan ini tidak bertentangan dengan freedom of contract. Mengapa? Alasan Mahkamah Agung mengatakan bahwa kelahiran bayi atau baby boom yang terjadi pada waktu itu masih akibat langsung dari perang. Karena itu sebagai commander in chief, saya boleh mengaturnya. Jadi, tergantung juga kelihaiannya para hakim, ya, menghadapi hal seperti itu. Tadi saya katakan kalau presidennya terlalu jauh, ya, impeachment saja, gitu ya?

Pak Suhartoyo. Ya, tadi dikatakan bahwa kalau dalam bentuk keppres kan, bagaimana caranya itu me ... me ... ya, tadi ada persoalan. Kalau keppres itu sekarang kan, berupa aturan yang ada itu, mestinya kalau mengikat umum itu perpres. Ya, tinggal kita sesuaikan saja membaca keppres yang dulu itu ya, sekarang dibaca perpres. Mestinya kita agak ada kebijaksanaan sedikit soal-soal begitu itu, ya karena tidak menyangkut substansi.

Nah, tadi sudah saya katakan bahwa dulu ada aturan keppres itu agar partisipasi itu ada diberitahukan kepada DPR. Dan setelah DPR, sibuk atau tidak untuk merespons itu, ya, terserah. Nah, persetujuan yang diberikan, kapan? Persetujuan itu pada saat mereka menyepakati itu bahwa oke silakan Anda sah jadi undang-undang, Anda boleh melakukan ratifikasi itu, gitu, ya, sebab itu jadi syarat.

Profesor Palaguna kembali juga kepada ... Pak ... Pak Palguna, ya. Mengenai political question tadi... ya, kembali tadi kepada soal tadi. Itu political question itu merupakan cara pengadilan membatasi dirinya ... membatasi dirinya agar dia tidak masuk kepada proses politicking, apalagi menjadi badan legislatif. Misalnya mengatakan, "Seharusnya pasal ini diartikan begini." Itu sudah pekerjaan badan legislatif itu, gitu, ya. Sori, ya.

Nah, ini persoalan untuk membedakan antara yang praktik tracking domestic dan ... dan yang ... yang ... yang ... yang punya ... apakah ini karena tidak kacaunya pengertian itu? Karena harus diberi bentuk undang-undang, gitu, ya. Saya ... komentar saya bahwa saya katakan ini praktik saja sebetulnya karena aslinya Pasal 11 itu tidak menyebut harus dalam bentuk undang-undang. Kemudian ... apa ... ini kekacauan itu ... secara ... secara asumsi begini, Yang Mulia Pak Palguna, adalah ada asumsi se ... segala sesuatu yang disetujui DPR, cuma satu bentuk hukumnya, undang-undang. Karena itu, ya sudah, kita bentuk undang-undang saja, dalam bentuk undang-undang, ya? Di negara lain, tidak. Yang tidak ... yang perlu persetujuan DPR tidak selalu dalam bentuk undang-undang. Contohnya, treaty di Amerika Serikat itu, ya, treaty, ya, treaty saja, gitu, ya. Itu advice and concern-nya senat terhadap internasional atau treaty itu tidak dibentuk undang-undang. Ya, sudah treaty saja sehingga dia merupakan bentuk hukum tersendiri. Sebetulnya ada risiko. Nah, ini kita ... bahwa kita memberi bentuk undang-undang, berarti perjanjian internasional kategorinya undang-undang, gitu, menjadi ... secara bentuk adalah undang-undang dengan segala konsekuensi undang-undangnya.

Kemudian, ada kaitan dengan self executing dan nonself executing. Nah, ini Ahlinya sebelah saya, nanti akan dijawab. Tapi saya katakan begini, artinya perjanjian itu sendiri tidak lagi memerlukan aturan pelaksanaan secara domestik untuk langsung berlaku. Ini nanti beliau akan jelaskan antara ... apa ... yang monistic, nonmonistic. Itu mohon, Pak Hik, jelaskan itu, ya. Itu ... itu self executing non ... jadi, tidak ada kaitannya dengan ... apa ... persetujuan DPR. Meskipun ada persetujuan DPR dalam bentuk undang-undang, belum tentu self executing karena kalau nanti, "Oh, ini harus diatur lagi dengan keppres, diatur dengan segala macamnya." Jadi, nonself executing, mungkin.

Profesor Arief, ya. Ya, memang saya dapat mengerti orang khawatir terhadap ... terhadap penyalahgunaan kekuasaan itu, ya ... penyalahgunaan kekuasaan itu. Dan ... dan akan menimbulkan beban selanjutnya, gitu ya? Kalau beban selanjutnya itu, pemerintah itu meskipun ganti orang, tapi negaranya itu juga. Tindakannyalah tindakan kenegaraan, maka negaralah yang bertanggung jawab, gitu, bukan pemerintahnya. Tidak berarti nanti, "Wah, itu dibuat oleh dia, saya enggak mau." Enggak boleh begitu, kan? Ini satu tindakan dari satu ... satu entity, ya? Tindakan atas nama entity Negara Republik Indonesia.

Dan ... dan yang kedua, kita tidak bisa me ... meskipun kekhawatiran itu boleh ada, tapi kita juga harus melihat praktik dunia. Dunia mengakui adanya self agreement, ada ... adanya ... adanya ... adanya ... apa ... executive agreement itu. Mengaku itu di mana-mana juga ada, gitu, ya. Jadi, kita tidak mungkin menyimpangi hal-hal yang sudah menjadi kelaziman di seluruh dunia itu ada, gitu ya? Bahwa ada perjanjian-perjanjian yang ... yang cukup dengan ... bahkan

antarsatuan-satuan yang lebih rendah. Bahkan, dulu di negeri Belanda itu, ini ada persoalan waktu dengan ... dengan persoalan Afrika Selatan, ketika seluruh dunia memutuskan bahwa dalam rangka memblokir Afrika Selatan yang waktu itu apartheid, maka Belanda ada kesulitan karena Belanda membolehkan satuan lebih rendahnya, provinsi, kota itu yang mempunyai hubungan internasional, hubungan dagang internasional, ada kesulitannya. Artinya, menunjukkan bahwa hubungan-hubungan internasional itu tidak hanya lagi dalam satu format, bisa bermacam-macam format, tergantung kepada kelaziman negara itu. Terima kasih, lebih kurangnya mohon maaf.

42. KETUA: ANWAR USMAN

Ya (...)

43. AHLI DARI PIHAK PEMERINTAH: BAGIR MANAN

Kalau ada yang kurang, silakan tambah oleh Bapak-Bapak sendiri yang lebih tahu.

44. KETUA: ANWAR USMAN

Baik. Sebelum ke Prof. Hikmahanto, perlu kami sampaikan bahwa beracara di MK, khusus untuk pengujian undang-undang, memang tidak mengenal Termohon. Jadi, untuk Pemerintah dan DPR itu ... itu pemberi keterangan, kecuali untuk pilkada itu bisa pihak Termohon. Baik, silakan, Prof. Hikmahanto!

45. AHLI DARI PIHAK PEMERINTAH: HIKMAHANTO JUWANA

Terima kasih, Yang Mulia Ketua. Perkenankan saya menjawab pertanyaan Yang Mulia Pak Gede Palguna dulu karena ada perintah dari Profesor Senior untuk ikut menjawab pertanyaan tersebut, terkait dengan self executing.

Jadi, prinsipnya dalam hukum internasional kalau kita bicara treaty ataupun agreements itu seperti juga di dalam peraturan perundang-undangan. Ada kalau diperat ... di dalam konteks nasional itu einmalig peraturan yang sekali, tapi ada juga yang regeling. Jadi, kita membuat aturan. Dalam konteks hukum internasional, treaty ataupun agreements itu ada juga yang sifatnya treaty contract atau self executing dan yang satunya adalah yang disebut sebagai law making treaties.

Nah, kalau law making treaties memang kita bicara soal perjanjian-perjanjian internasional yang berisi tentang norma dan norma itu kemudian harus diterjemahkan ke dalam hukum nasional. Saya ambil contoh seperti, UN Convention Against Corruption (UNCAC), di dalam

perjanjian internasionalnya itu UNCAC-nya itu, itu diken ... ditentukan bahwa negara yang sudah meratifikasi, sudah ikut serta harus mempunyai definisi korupsi seperti ini. Karena idenya adalah korupsi itu karena merupakan kejahatan bersama antarnegara, harus mempunyai bahasa yang sama. Jangan sampai nanti korupsi di Indonesia belum tentu korupsi di Singapura. Jadi, nanti tidak masuk dual criminality-nya.

Nah, oleh karena itu, kita tahu bahwa yang saya dengar, saya belum lihat tapi, rancangan KUHP sekarang ini mencoba untuk menerjemahkan ketentuan-ketentuan yang ada dalam UNCAC itu ke dalam RU ... RU KUHP ... RKUHP itu. Yang sebelumnya mungkin gagal karena pada waktu mau diterjemahkan ternyata yang lebih penting adalah peran KPK-nya dikedirikan daripada substansi yang diatur di dalam UNCAC. Jadi, seperti ... seperti itu contoh dari law making treaties. Jadi, perjanjian-perjanjian internasional yang berisi tentang norma yang harus diterjemahkan ke dalam hukum nasional.

Tetapi ada juga yang treaty contract. Kalau treaty contract ini seperti perjanjian perbatasan sebenarnya. Indonesai dengan Malaysia, Indonesia dengan Filipina, Indonesia dengan Singapura. Ketika kita sudah membuat perjanjian, itu sekali disepakati, lalu kemudian ada proses misalnya ratifikasi, pertukaran ratify ... dokumen ratifikasi, maka saat itu juga harusnya berlaku, tidak perlu menunggu peraturan hukum nasional. Domestic legislation itu tidak perlu. Jadi, ini yang kita sebut sebagai self executing. Meskipun seperti tadi Prof. Bagir katakan, "Bukan berarti kalau self executing itu tidak perlu ada persetujuan dari DPR." Karena ini kan, masalah yang berkaitan dengan kewilayahan yang menurut Undang-Undang Perjanjian Internasional diwajibkan harus mendapat persetujuan dari DPR. Nah, jadi seperti itu kalau kita bicara tentang self executing dan yang non-self executing, yang non ... making tadi ... law making treaties tadi.

Lalu yang berikutnya yang ingin saya sampaikan dalam kesempatan ini mungkin ada beberapa hal yang bisa sekaligus saya sampaikan. Pertanyaan terkait dengan tafsiran saya terhadap perjanjian internasional lainnya. Perjanjian internasional, perjanjian internasional lainnya. Saya ingin kalau kita melihat di dalam konstitusi kita, undang-undang nomor ... Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Pasal 11. Di situ jelas Pasal 11 ayat (1) yang mengatakan bahwa presiden dengan persetujuan DPR membuat pers ... membuat perjanjian internasional. Jadi, ada perjanjian internasional. Pasal 11 ayat (2) mengatakan, "Perjanjian internasional lainnya." Tapi kalau kita baca Supres Nomor 2826 itu tidak ada kata-kata sebenarnya *perjanjian internasional*. Yang disebut di situ adalah *perjanjian terpenting dan perjanjian lainnya*. Saya menafsirkan bahwa *perjanjian internasional* ditafsirkan oleh supres ada perjanjian yang lazimnya disebut sebagai treaty yang penting dan perjanjian lainnya. Sementara kalau Pasal 11 ayat (2) bicara perjanjian internasional, tapi yang lainnya. Artinya, perjanjian internasional yang

bukan diikuti atau di ... yang menjadi mitra adalah negara. Tetapi, perjanjian internasional yang selain negara. Jadi, itu dasar dari saya menafsirkan. Menafsirkan ini tentu bukan sekadar gramatikal seperti barusan, tetapi juga melihat secara historisnya.

Kalau kita melihat perdebatan di amandemen ketiga dari Undang-Undang Dasar Tahun 1945, di situ jelas bahwa yang dimaksud dengan Pasal 11 ayat (2) itu berkaitan dengan subjek hukum selain negara. Maka, saya tadi katakan, "Pengalaman pahit itu dengan IMF itu yang para pembentuk Undang-Undang Dasar Tahun 1945 ... amandemen Undang-Undang Dasar Tahun 1945 mengatakan bahwa ini harus diatur, jangan sampai organisasi internasional seperti IMF, world bank, dan lain sebagainya itu, ketika membuat perjanjian dengan pemerintah Indonesia, mungkin pemerintah Indonesia mengatakan bahwa ini kan bukan negara, jadi tidak perlu dengan persetujuan DPR.

Jadi, dalam konteks seperti itu, maka kalau subjek hukumnya selain negara dan ternyata di dalam perjanjian itu berisi kaidah-kaidah yang penting, kaidah-kaidah yang berkaitan dengan ... yang disebutkan dalam Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Pasal 11 ayat (2), maka harus dengan persetujuan dari DPR. Itu kita tidak bisa keluar dari mengapa aturan ini dirumuskan seperti itu.

Jadi, maka menjawab pertanyaan dari Pemerintah tadi, tafsir yang saya lakukan tidak hanya secara gramatikal saja. Tetapi juga tafsir secara historis seperti itu. Nah, memang saya juga mengatakan bahwa sebagaimana ILC pada tahun 1960 mengatakan, "Sudahlah, kita tidak perlu memperdebatkan istilah." Saya juga berpendapat seperti itu. Saya ... saya kebetulan selain hukum internasional mendalami hukum perdata.

Seringkali dalam textbook itu dalam hukum perdata dibedakan antara perjanjian dan kontrak. Katanya kalau perjanjian bisa tertulis tidak tertulis, tapi kalau kontrak harus tertulis. Tapi, dalam praktik, orang bisa saja menyebutkan istilah itu apa saja. Mau perjanjian, mau persetujuan, mau MOU bahkan. Karena pada akhirnya nanti dikatakan bahwa pokoknya semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Pertanyaannya adalah apakah ada peraturan perundang-undangan yang melarang orang menggunakan MOU letter of intent misalnya, dan lain sebagainya. Dalam konteks perjanjian internasional pun demikian. Tidak ada satu perjanjian internasional yang melarang penggunaan istilah.

Oleh karena itu, kalau misalnya penggunaan istilah mau pakai treaty, mau pakai agreement, mau pakai convention, covenant, itu sangat situasional pada saat itu. Tapi, tidak kemudian berpengaruh bahwa kalau treaty itu harus penting. Kalau misalnya agreement tidak begitu penting.

Mungkin pada masa-masa lampau ketika masih ada kerajaan-kerajaan, raja-raja itu menganggap bahwa kalau sesuatu yang sangat penting, maka dia sebutnya sebagai treaty. Tapi, pada masa-masa

sekarang seperti tadi saya contohkan, sebuah perjanjian internasional dengan convention, atau covenant, atau agreement itu bisa saja dianggap penting karena substansinya yang kemudian harus mendapat persetujuan dari Dewan perwakilan rakyat. Nah, jadi seperti itu yang ingin saya sampaikan dalam kesempatan ini untuk menjawab pertanyaan dari Pemerintah.

Lalu, pertanyaan berikutnya dari Pemerintah adalah kalau saya punya penafsiran bahwa Pasal 11 ayat (2) ini berkaitan dengan subjek hukum internasional selain negara, maka apakah penggunaan Pasal 11 ayat (2) oleh Pemohon ini menjadi tidak tepat? Saya menganggapnya demikian. Batu uji yang digunakan oleh Pemohon, yaitu menggunakan Pasal 11 ayat (2) menjadi tidak tepat. Karena ini bukan bicara soal penting atau tidak penting di Pasal 11 ayat (2). Tetapi, ini antara negara dan subjek hukum selain ... subjek hukum internasional selain negara.

Nah, pertanyaan berikut dari pemerintah dan ini juga ditanyakan kepada saya oleh Pemohon, yaitu lalu siapa yang menentukan bahwa ini penting atau tidak penting? Tidak hanya di Indonesia, saya harus katakan, tetapi di negara lain dari berbagai textbook yang saya baca dan kemudian saya berkonsultasi dengan teman-teman dari negara lain. Mereka mengatakan ini masalah yang sulit untuk ditentukan. Apa yang dianggap sebagai sesuatu funda ... yang fundamen ini?

Oleh karena itu, yang dilakukan oleh Undang-Undang Perjanjian Internasional adalah mencoba untuk memberikan pedoman, sama seperti ketika presiden membuat surat kepada DPR 2826 memberikan pedoman. At the end of the day, yang menentukan sebenarnya adalah aparat dari presiden, bukan dari DPR. Jadi, presidenlah yang kemudian menentukan apakah ini dianggap penting atau tidak penting? Tapi konsekuensinya tadi, seperti Prof. Bagir Manan katakan. Kalau Pemerintah ... presiden mengatakan yang penting dianggap sebagai tidak penting, maka konsekuensinya kalau dianggap ini salah, ya mungkin ada proses impeachment.

Jadi, dalam konteks seperti itu, ujung-ujungnya adalah tentu bukan presiden, tetapi di kementerian mana? Apakah di Kementerian Luar Negeri? Bisa jadi. Apakah di Kementerian Sekretariat Negara? Boleh jadi. Apakah di Kementerian ... di Sekretaris Kabinet? Bisa jadi. Karena di antara tiga instansi ini yang dalam pengamatan saya menentukan, apakah ini pergi ke DPR atau tidak? Bahkan ketika sampai di DPR pun bisa dikonsultasikan dengan DPR, apakah ini perlu dengan undang-undang atau tidak?

Saya ambil contoh. Kalau kita lihat di Pasal 10, dikatakan kalau masalah pertahanan harus mendapat persetujuan dari DPR. Tapi pada tahun 2013, ada perjanjian pertahanan antara Pemerintah Indonesia dengan Cekoslovakia, itu menggunakan perpres, padahal ini jelas perta ... masalah pertahanan. Kalau saya tidak salah, memang sudah dikonsultasikan kepada DPR dilihat dari isinya, memang ini masalah

pertahanan, tapi sangat teknis, sehingga cukup dengan perpres. Jadi, keluar Perpres Nomor 8 Tahun 2013, meskipun ada kata-kata pertahanan. Nah ini dia, tapi bisa juga parlemen minta, saya harus ratifikasi.

Jadi, misalnya defense cooperation agreement antara Indonesia dengan Singapura sudah ditandatangani presiden. Dan memang dalam perjanjiannya disebutkan bahwa ada ratifikasi dan nanti ada pertukaran dokumen ratifikasi. Nah, saat itu, pemerintah, presiden menandatangani bersama dengan extradition treaty. Nah, extradition treaty sangat berpihak pada Indonesia, tapi tidak pada Singapura. Sementara defense cooperation agreement, istilahnya *agreement* bukan *treaty*, sangat berpihak pada Singapura daripada Indonesia.

Nah, pada waktu sudah ditandatangani secara tandem, maunya diratifikasi juga secara tandem karena itu yang dilakukan oleh Singapura, tetapi sistem ketatanegaraan kita berbeda. Kemudian, muncul kehebohan di masyarakat yang membuat presiden tidak mengeluarkan ampres atau supres, saya tidak tahu pada waktu itu, kepada DPR untuk proses pengesahan. Dan akhirnya sampai dengan hari ini tidak ada pengesahan. Artinya, perjanjian tersebut masih belum berlaku. Nah, ini menunjukkan pada sa ... pada saya bahwa presiden waktu itu sudah diminta, silakan masukkan ke DPR karena DPR akan menolak. Tapi karena presiden tahu akan ditolak, maka tidak diajukan supres atau ampres tersebut.

Kedua yang ingin saya sampaikan juga meskipun ini istilahnya *agreement*, tetapi diminta untuk persetujuan dari DPR. Karena apa? Berkaitan dengan masalah pertahanan. Jadi, sekali lagi masalah peristilahan itu tidak menjadi hal yang penting.

Nah, yang berikutnya adalah terkait dengan partisipasi masyarakat. Ini juga ditanyakan oleh Pemohon, bahkan ditanyakan oleh Yang Mulia Prof. Arief Hidayat. Kalau menurut saya begini, apakah pelibatan masyarakat, apa yang dikehendaki oleh Pemohon dengan adanya persetujuan dari DPR, itu akan mencerminkan keinginan dari rakyat sebenarnya. Karena berdasarkan teori yang saya tahu, teori hukum yang saya tahu, *critical legal studies* yang mengatakan *law is politics*, hukum adalah politik. Kalau saja antara pemerintah dengan DPR-nya itu satu warna, apakah kemudian suara dari rakyat itu akan didengar atau tidak? Artinya, harus dibedakan antara mereka yang memegang kekuasaan dengan rakyat.

Saya sendiri mengatakan bahwa kalau kita sebagai rakyat ingin berpartisipasi sebagaimana tadi sudah disampaikan oleh Yang Mulia Hakim Konstitusi Wahiduddin bahwa ada ketentuannya. Partisipasi dari masyarakat itu ada ketika membuat undang-undang, harusnya ketika kita membuat perpres. Caranya bagaimana? Teman-teman LSM menyuarakan. Saya sebagai akademisi kerap menulis di dalam kolom-

kolom opini. Itu merupakan partisipasi dari masyarakat. Bahkan yang seperti tadi saya sampaikan juga, kementerian itu harusnya menganggarkan focus group discussion ketika pemerintah akan mengikuti suatu perjanjian dan itu sudah dilakukan, mungkin tidak secara masif sehingga tidak terasa karena saya sudah beberapa kali diminta untuk hadir dalam diskusi-diskusi yang diselenggarakan oleh pemerintah untuk mendengar pandangan dari ... misalnya pakar, teman-teman dari LSM, dan lain sebagainya terhadap suatu isu.

Saya ambil contoh saja. Pemerintah Indonesia sebenarnya sudah beberapa tahun ini mau melakukan ratifikasi terhadap akses, sebetulnya akses terhadap perjanjian tentang pengendalian tembakau. Nah, sampai dengan hari ini, masih belum dilakukan. Memang antarkementerian berbeda. Kalau Kementerian Kesehatan jelas, demi kesehatan kita harus ratifikasi. Tapi kalau dari Kementerian ... misalnya Perindustrian, Perdagangan, mereka menganggap bahwa jangan sampai Indonesia ini bergantung pada impor tembakau dari luar negeri karena jumlah perokok di Indonesia cukup besar, cukup signifikan. Ini menjadi perdebatan.

Dan saya lihat, selain saya memberikan pandangan saya, itu organisasi-organisasi kemasyarakatan pun seperti NU dan lain sebagainya, juga memberi pandangan. Artinya, forum ini ada, partisipasi dari publik seperti itu, tidak harus bergantung bahwa itu dilakukan lewat Dewan perwakilan rakyat, terlebih lagi kalau misalnya Dewan perwakilan rakyat itu yang tadi critical legal studies tadi, law is politics. Katanya, "Kalau di parlemen sekarang mayoritas warnanya merah, undang-undangnya akan berwarna merah, kalau warna biru nanti undang-undangnya akan berwarna biru." Yang menjaga itu supaya warnanya tidak warna-warni terus Mahkamah Konstitusi tentunya. Nah, ya, kan?

Nah, jadi ini juga menyam ... ingin saya sampaikan kepada Yang Mulia Prof. Arief bahwa memang kita tidak bisa memegang mati bahwa apa yang diputuskan hari ini akan baik di masa yang akan datang dan sebaliknya, apa yang diputuskan hari ini berimplikasi tidak baik di masa yang akan datang.

Saya ambil contoh. Ada satu perjanjian internasional berkaitan dengan ASEAN, kita dengan China, ASEAN China free trade ... apa namanya ... agreement. Mohon maaf, presiden yang menandatangani pada waktu beliau sudah tidak lagi menjadi presiden dan kemudian perjanjian yang efektif, beliau pada waktu itu yang mengkritik, kenapa perjanjian ini ditandatangani? Nah, ini bagaimana ceritanya, konsistensinya?

Ya, jadi lepas dari apa yang dilihat pada hari ini, kacamatanya mungkin berbeda dengan pada masa berikutnya, tapi tetap konsistensi itu harus ada. Yang sekarang jadi masalah itu seperti di Amerika Serikat. Karena apa? Karena President Trump mengatakan bahwa Perjanjian Climate Change yang ditandatangani oleh Obama, perjanjian dengan

Iran yang ditandatangani masa Pemerintahan Obama dianggap tidak baik, lalu kemudian dia ingin keluar dari situ. Nah, ini yang jadi masalah, ini yang jadi masalah.

Nah, jadi yang ingin saya sampaikan dalam kesempatan ini adalah memang konsistensi itu harus ada. Sekali kita ikut, maka kita akan terus terikat dalam perjanjian tersebut, lepas dari siapa yang memerintah. Kalau misalnya kembali lagi sih tentu kita akan minta supaya hal seperti ini kembali. Tetapi sekali lagi, harus dibedakan, Yang Mulia Prof. Arief Hidayat, antara masyarakat yang ingin memberikan pandangan dengan mereka-mereka yang memegang kekuasaan yang kemudian harus memutuskan. Ada 3 alasan saya katakan seperti ini karena masyarakat tidak memegang kekuasaan.

Oleh karena itu, kita hanya memberikan saran, pertimbangan, dan lain sebagainya. Yang memegang keputusan adalah pemerintah, DPR. Saya pernah sekali waktu mengatakan di forum dengar pendapat di DPR, agar Indonesia tidak usah mengikuti ICCPR (International Covenant on Civil and Political Rights). Lalu saya dituduh juga ini guru besar yang melanggar HAM, yang tidak sesuai dengan ke ... apa namanya ... keberpihakan terhadap HAM. Tapi pada waktu itu saya katakan, bagaimana kita harus meratifikasi ICCPR sementara Undang-Undang HAM Nomor 39 Tahun 1999 saja masih belum kita jalankan.

Kalau saya lihat penjara, penjara itu satu sel itu masih ada 10-15 orang, padahal kalau kita ikut ICCPR, kita harus memperlakukan para narapidana ini secara manusiawi. Jadi, bukan saya tidak berpihak pada hak asasi manusia, tapi saya tahu kapasitas Indonesia untuk menjalankan ketentuan-ketentuan dari ICCPR ini tidak memungkinkan. Saya menyuarakan itu di DPR meskipun saya mengatakan, "Tapi, Bapak, Ibu sekalian, saya yakin Bapak, Ibu pasti akan tetap setuju dengan pemerintah walaupun kata-kata ini," tapi saya bilang, "Saya ikhlas karena saya hanya pakar saja, masyarakat. Saya bukan pengambil kebijakan."

Nah yang kedua adalah kita sebagai masyarakat tentu mempunyai pandangan yang berbeda dengan ketika beliau-beliau menjabat karena apa yang saya lihat mungkin akan berbeda dengan apa yang para pejabat lihat. Saya selalu katakan kalau saya melihat itu mungkin di lantai 1, suatu masalah kelihatannya besar sekali. Tapi kalau misalnya beliau-beliau yang duduk di lantai 8 melihat suatu masalah di bawah itu, ya, tidak besar-besar amat dan ini pasti akan berhubungan dengan isu-isu lain. Nah, oleh karena itu, dalam konteks partisipasi publik, kita bisa memberikan saran, kita bisa memberikan pertimbangan, tetapi kita tidak bisa menentukan keputusan. Nah, itu yang hal yang ketiga.

Hal yang keempat, tentu seperti tadi saya katakan, ini tidak berarti bahwa kemudian pemerintah harus menutup rapat-rapat urusan pemerintah adalah pemerintah yang menangani. Tetapi pemerintah tetap harus membuka partisipasi dari masyarakat terhadap berbagai hal yang

menurut masyarakat penting. Maka, tadi saya katakan bahwa di dalam negara yang modern, negara yang demokratis, suara rakyat harus didengar, tidak perlu diberangus, tetapi dari rakyat pun kita juga paham bahwa kita bukan pengambil keputusan. Kalau kemudian teman-teman rakyat ingin suaranya didengar dan kemudian diputuskan oleh mereka-mereka, ya, tentu harus memasuki ranah politik, untuk kemudian menjadi presiden dan lain sebagainya.

Nah, ini yang ingin saya sampaikan dalam kesempatan ini, dan sedikit saya ingin sudahi dengan hal begini. Yang tadi ditanyakan terkait dengan Bilateral Investment Treaty oleh Pemohon BIT. Memang BIT ini pada masanya, katakanlah tahun 1960-an, ini sesuatu yang sangat-sangat krusial bagi pemerintah untuk mendapatkan investasi. Jadi, pada masa itu investor tidak akan datang ke Indonesia, kalau tidak ditandatangani BIT (Bilateral Investment Treaty). Karena apa? Karena investor itu khawatir di negara seperti Indonesia yang masih berkembang, kalau ada usaha yang berhasil, lalu kemudian mereka akan melakukan nasionalisasi.

Nah, pada waktu itu, memang ini dianggap sebagai masalah yang teknis. Masalah yang teknis karena ini seolah-olah hanya memberikan comfort kepada para investor, ya. Tetapi pada masa sekarang bisa jadi ini bukan masalah teknis seperti tadi Pemohon katakan karena rupanya ada konsekuensi dari perjanjian ini. Jadi, sekarang investor daripada dia pergi ke pengadilan tata usaha negara yang dianggap kalau misalnya mengambil putusan takut bias, maka mereka pergi ke lembaga-lembaga peradilan internasional seperti ICJ atas dasar investment treaty ini, Bilateral Investment Treaty ini.

Nah, memang kalau tidak hati-hati, maka kita bisa dikalahkan dalam satu forum peradilan ini. Pertanyaannya adalah apakah kemudian ini menjadi sesuatu yang penting yang seharusnya dulu-dulu itu dibawa ke DPR? Nah, ini yang repot menjawabnya karena seperti yang saya katakan tadi, kalau sudah pada waktu itu dibuat dengan katakanlah, bahkan waktu itu mungkin saya enggak tahu apakah dengan keputusan presiden atau tidak, BIT-BIT itu, atau dengan undang-undang, tetapi sekarang mau diubah, kan enggak bisa di tengah jalan, kita harus bicara ke depan.

Nah, oleh karena itu, kalau menurut saya, ya, terlepas dari bahwa ini masalah selalu di mana-mana di banyak negara, grey area harus dibawa kemana dan lain sebagainya, kita mencoba mencari konsistensi, tetapi sampai kapanpun konsistensi itu tidak akan secara akurat memberi ... apa namanya ... titik yang tepat.

Dan kemudian yang terakhir sekali dari Pak Suhartoyo, mengatakan bahwa apakah pemerintah ini melakukan metamorfosis? Jadi, gini, Pak Suhartoyo, saya mohon maaf ini, termasuk dosen yang agak menyalahkan waktu kita belajar dulu, pengantar ilmu hukum karena waktu awal itu selalu dijelaskan subjek hukum adalah orang dan

badan hukum. Saya katakan salah kayaknya atau kurang tepat karena setelah saya belajar hukum internasional, ternyata ada subjek hukum internasional yang bukan orang dan badan hukum. Artinya, saya mau mengatakan bahwa subjek hukum itu bergantung dari cabang ilmu hukumnya apa. Kalau cabang ilmu hukumnya adalah subjek hukum perdata, ya, orang dan badan hukum. Kalau subjek hukumnya itu adalah hukum publik seperti hukum pidana, itu antara pemerintah ... kalau pidana dengan pelaku tindak pidana atau pemerintah dengan rakyatnya kalau dalam konteks tata negara. Kalau hukum internasional, subjek hukumnya kemudian bisa negara, organisasi internasional, dan lain sebagainya.

Nah, dalam konteks seperti ini, maka harus dilihat, ketika presiden itu bertindak, dia menggunakan topi yang mana? Ketika dia bertindak ke pihak ketiga, negara lain atau organisasi internasional, maka presiden itu bertindak untuk dan atas nama Negara Kesatuan Republik Indonesia. Seperti kayak perusahaan ada tiga organ, maka ada ketentuan yang mengatakan dalam Undang-Undang Perseroan Terbatas, direksi mewakili perseroan, baik di dalam maupun di luar pengadilan, direksi yang keluar. Tapi direksi ini kadangkala juga dibatasi kewenangannya. Direksi untuk hal-hal tertentu, maka harus mendapat persetujuan dari komisaris, harus mendapat persetujuan dari rapat umum pemegang saham. Nah, inilah yang ingin saya sampaikan dalam kesempatan tadi bahwa ketika presiden bertindak untuk dan atas nama Negara Kesatuan Republik Indonesia, dia bisa melakukan abuse of power. Untuk menjaga abuse of power itu, prevention-nya adalah dengan persetujuan DPR ketika dia buat pernyataan perang atau dia membuat perjanjian dengan negara lain membuat perdamaian. Tapi seperti Prof. Bagir katakan kalau ternyata presiden mengabaikan ini semua, lalu apa yang terjadi pada beliau? Bisa di-impeach. Artinya, kalau ternyata dia melakukan abuse of power. Seperti itu.

Nah, ketika presiden itu memang bertindak dengan ke pihak ketiga, negara ataupun organisasi internasional, subjek hukum internasional selain negara, maka kalau dia buat perjanjian, maka pacta sunt servanda. Berlaku kesepakatan itu sebagai "hal yang harus dihormati". Nah, yang menjadi permasalahan adalah ketika presiden ke dalam sekarang, dia menggunakan topi sebagai pemerintah terhadap rakyatnya. Kita tahu fiksi hukumnya adalah ketika pemerintah buat perjanjian ... maaf. Kalau ... pemerintah buat legislasi, maka fiksi hukumnya semua orang dianggap tahu. Ini yang jadi masalah memang. Jadi pemerintah membuat perjanjian internasional, lalu kemudian menerjemahkan itu ke dalam legislasi nasional, lalu kemudian rakyat bilang, "Dalam konteks ketatanegaraan, saya boleh mengajukan keberatan terhadap norma yang dibuat itu," dibawa ke Mahkamah Konstitusi kalau itu dalam bentuk undang-undang terjemahan dari ketentuan internasional ke dalam legislasi nasional, dan kemudian ke

Mahkamah Agung kalau misalnya di bawah undang-undang. Lalu bagaimana kalau kemudian Mahkamah Konstitusi atau Mahkamah Agung mengatakan batal? Apakah perjanjian ini, ketentuan ini harus tetap dijalankan atau tidak? Kalau kita melihat Konvensi Wina, tetap harus dijalankan. Irrespective of apa yang terjadi di dalam hukum nasional. Nah, itu memang ada dimensi-dimensi seperti itu yang memang kita harus selesaikan. Ini ... apa ... interplay antara hukum internasional dan hukum ketatanegaraan.

Itu yang ingin saya sampaikan hal-hal yang seperti ini, tetapi sekali lagi, apakah itu nantinya dalam bentuk perpres pengesahan itu ataupun dalam bentuk undang-undang, partisipasi publik itu tidak seharusnya kemudian ditutup. Tapi tidak sekali lagi mengubah ketentuan-ketentuan yang ada dalam Undang-Undang Perjanjian Internasional. Dan sedikit saya ingin juga sampaikan bahwa ... apa namanya ... peraturan presiden tadi sudah ... mungkin sudah disampaikan oleh Pak Wahiduddin Adams dan Prof. Bagir bahwa kalau dulu pakai keppres karena dalam undang-undangnya bilang seperti itu. Tapi setelah Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan diubah, jadi sekarang menggunakan perpres meskipun perpres itu isinya cuma paling banter tiga pasal, tapi cuma dua pasal. Isinya pasal pertama disahkan. Pasal kedua mulai berlaku, selesai.

Maka, Yang Mulia Hakim Konstitusi Harjono, ketika ada uji materi terhadap Undang-Undang Perjanjian Internasional kalau tidak salah waktu itu diajukan oleh Pemohon juga terkait dengan Undang-Undang Pengesahan ASEAN Treaty, ya. Itu mengatakan, "Sebaiknya pemerintah memikirkan supaya persetujuan itu tidak harus dalam bentuk peraturan perundang-undangan, undang-undang, atau perpres. Jadi, harus ada bentuk lain."

Ini yang saya juga setuju sehingga tidak perlu ke sini, katakanlah begitu, kalau pengesahan-pengesahan yang ada. Ini yang ... apa namanya ... mungkin harus dipikirkan oleh Pemerintah, persetujuan seperti apa? Tadi Prof. Bagir juga sudah menyampaikan, persetujuan bentuknya seperti apa yang sebenarnya tepat? Kalau di Amerika, ya, Prof, ya, tadi seperti treaty dan lain sebagainya itu kan enggak dalam bentuk act, gitu ya. Tetapi mungkin dalam bentuk lain konfirmasi dari senat dan lain sebagainya, itu yang mungkin kita juga harus lakukan di Indonesia ini sehingga sekali lagi, tidak menguji ke Mahkamah Konstitusi atau ke Mahkamah Agung karena memang tidak ada normanya terkait dengan masalah pengesahannya, bukan terkait dengan undang-undang perjanjian internasional karena memang tidak ada normanya yang bisa diuji. Saya rasa itu yang bisa saya sampaikan dalam kesempatan ini. Terima kasih. Assalamualaikum wr. wb.

46. KETUA: ANWAR USMAN

Walaikum salam wr. wb. Ya, terima kasih, Prof. Kuasa Presiden, sesuai dengan sidang yang lalu bahwa ahlinya empat orang, dua orang tertulis dan dua orang sudah dihadirkan, berarti ini sidang terakhir, ya? Tidak ada lagi ahlinya? Baik.

Untuk itu, Pemohon dan Kuasa Presiden bisa menyerahkan kesimpulan paling lambat hari Rabu, 4 Juli 2018, pukul 14.00 WIB. Ya, kemudian keterangan ahli yang dua orang diserahkan, ya? Sekaligus nanti paling lambat hari Rabu, 4 Juli 2018, pukul 14.00 WIB. Sudah jelas, ya, Pemohon? Sudah jelas? Kuasa Presiden juga sudah jelas, ya?

Terima kasih untuk kedua Ahli Prof. Bagir Manan dan Prof. Hikmahanto atas keterangannya yang cukup jelas untuk memberi pencerahan dalam perkara ini. Dengan demikian, sidang selesai dan ditutup.

KETUK PALU 3X

SIDANG DITUTUP PUKUL 14.07 WIB

Jakarta, 25 Juni 2018
Kepala Sub Bagian Pelayanan Teknis
Persidangan,

Yohana Citra Permatasari
NIP. 19820529 200604 2 004

Risalah persidangan ini adalah bentuk tertulis dari rekaman suara pada persidangan di Mahkamah Konstitusi, sehingga memungkinkan adanya kesalahan penulisan dari rekaman suara aslinya.